

(*) فهرست المجلد الثانى للدرر شرح الغرر (*)

Süleymaniye U. Kütüphanesi
Hasan Hüsnü Pş.
225

كتاب البيوع

(هو) اى البيع الذى دل عليه البيوع لغة مبادلة مال بمال مطلقا وهو من الاضداد يقال باع الشئ اذا شراه اواشتراه و يتعدى الى المفعول الثانى بلا حرف و بها يقال باعه الشئ و باعه منه وانما جمع لكونه انواعا اربعة باعتبار المبيع لانه اما بيع سلعة بمثلها و يسمى مقايضة او بيعها بالثمن و يسمى بيعا لكونه اشهر الانواع او بيع ثمن بثمن كبيع النقدين و يسمى صرفا او بيع دين تعين و يسمى سلما و باعتبار الثمن ايضا اربعة لان الثمن الاول ان لم يعتبر يسمى مساومة او اعتبر مع زيادة يسمى مرابحة او بدونها يسمى تولية او مع النقص يسمى وضيعة وشرعا (مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب) اى التجارة خرج به مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع او الهبة بشرط العوض فانه ليس ببيع ابتداء وان كان فى حكمه بقاء لم يقل على سبيل التراضى ليتناول بيع المكره فانه بيع منعقد وان لم يلزم (ينعقد) الانعقاد تعلق كلام احد العاقدين بالاخر شرعا على وجه يظهر اثره فى المحل (بالايجاب) وهو الاثبات سمى به اول كلام احد العاقدين سواء كان بعت او اشتريت لانه يثبت للآخر خيار القبول (والقبول) وهو ثانى كلام احدهما سواء كان بعت او اشتريت (الماضيين) قال فى الهداية البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضى ثم قال لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به واراد بالموضوع للاخبار لفظ الماضى اذ اللام فيه للعهد فلا وجه للاعتراض عليه بانه لابد من ضم شئ الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضى والا لايتم الدليل ثم قال ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقدم الفرق هنالك واراد بلفظ المستقبل صيغة الامر نحو بعه منى بكذا فقال بعت لانه قال هناك مثل ان يقول زوجنى فيقول زوجتك فلا وجه لحمله على المضارع كما ذهب

اليه

اليه بعض شراحه نعم ينعقد به البيع اذا قارنه النية كما نقل صاحب النهاية عن الطحاوى وتحفة الفقهاء (و) ينعقد ايضا (بما فى معناهما) اى الماضيين نحو رضيت واعطيتك بكذا وخذه بكذا يعنى ان كل ما دل على معنى بعت واشتريت ينعقد البيع به ايضا فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت او قال اشتريت هذا منك فقال خذه يعنى بعت بذلك فخذه فانه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فكانه قال بعته منك به فخذه فقدر البيع اقتضاء فيثبت العقد باعتباره لا بلفظين احدهما الامر ليناقى مامر فان المعنى هو المعتبر فى هذه العقود وان اعتبر اللفظ فى بعضها كشركة المفاوضة حيث لا تصح اذا لم يبينا جميع ما تقتضيه (حتى التعاطى) اى اعطاء المبيع والثمن من الجانبين فان البيع ينعقد به بلا وجود لفظ فضلا عن الماضيين لوجود المق وهو التراضى (مطلقا) اى فى الخسيس والنفيس هو الصحيح لا ما قال الكرخى ينعقد به فى الخسيس فقط كالبقل ونحوه و ينعقد ايضا (بلفظ واحد كما فى بيع الاب من طفله) بان يقول بعت هذا منه بكذا (وشرائه منه) بان يقول اشتريت هذا من ابنى فان عبارة الاب لكمال شفقته اقيمت مقام العبارتين فلم يحتج الى القبول وكان اصيلا فى حق نفسه ونائبا عن طفله حتى اذا بلغ كانت العهدة عليه دون ابيه بخلاف ما اذا باع مال طفله من اجنبى فبلغ كانت العهدة على ابيه فاذا لزم عليه الثمن فى صورة شرائه لا يبرأ عن الدين حتى ينصب القاضى وكيلا يقبضه للصغير فيرده على ابيه فيكون امانة عنده وكذا لو قال بعت منك هذا بدرهم فقبضه المشترى ولم يقل شيئا ينعقد البيع (و يخير القابل فى المجلس) لانه لو لم يخير لزمه حكم العقد جبرا وهو منتف (بين قبول الكل بالكل والترك) يعنى ان البايع اذا اوجب فى شئ فقبل المشترى فى بعض ذلك او اوجب المشترى فى شئ فقبل البايع فى بعضه لم يجز لان فيه تفريق الصفقة واحد المتعاقدين لا يملك ذلك لان فيه ضررا للمشترى او البايع لان المبيع ان كان واحدا لزم ضرر الشركة للمشترى وان كان متعددا فالعادة ضم الجيد الى الردى ونقص ثمن الجيد لترويج الردى فلو ثبت خيار قبول العقد فى البعض قبل المشترى العقد فى الجيد وترك الردى فزال الجيد عن يد البايع باقل من ثمنه وفيه ضرر له واذا لم يجز اخذ البعض بالبعض فلان لا يجوز اخذ الكل بالبعض اولى وان تعدد الصفقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن البايع واليه اشار بقوله (الا اذا كرر) اى البايع (لفظ بعت وفصل الثمن) اشارة الى ما ذكر فى الكافى ان قوله فى الهداية الا ان يبين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى لا يتم الا ان يدرج تكرار لفظ العقد اذ به يتعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد وق

الزيلعى وليس له ان يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البايع لفظ بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند ابى ح وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا او بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا (اورضى) اى البايع (بقوله) اى بقول المشترى (اشتريت هذا بكذا) قال القدروى ان رضى البايع فى المجلس بتفريق الصفقة يصح ويكون ذلك من المشترى فى الحقيقة استيناف ايجاب لاقبولا ورضى البايع قبولا واعترض عليه بانه انما يصح اذا كان للبعض الذى قبله المشترى حصة من الثمن كالصور المذكورة وفى قفيزين باعهما بعشرة لان الثمن منقسم عليهما باعتبار الاجزاء فيكون حصة كل بعض معلومة واما اذا اضاف العقد الى عبدين اوثوبين فلم يصح العقد بقبول احدهما وان رضى البايع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لايجوز اقول منشاؤه الغفلة عن مراد القدورى فان تسميته عبارة المشترى ايجابا ورضى البايع قبولا تدل على انه اعتبر فى عبارة المشترى والبايع ذكر الثمن فى مقابلة بعض المبيع فانه مجرد قول المشترى اشتريته بلا ذكر الثمن لايكون ايجابا ولا قول البايع رضيت قبولا لعدم صدق تعريف البيع عليه وهو مبادلة المال بالمال فظهر عدم لزوم البيع بالحصة ابتداء ولهذا قلت اورضى بقوله اشتريت هذا بكذا (ويمتد) اى خيار القبول (الى آخر المجلس) ولا يبطل بالتأخير اليه وان طال لان المجلس جامع للمتفرقات كما مر فى كتاب الطهارة فاذا عدت الامور المتعددة بسببه واحدة فلان يعتبر ساعاته ساعة واحدة اولى دفعا للعسر وتحقيقا لليسر وانما لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك بل توقف الايجاب فيهما على ماوراء المجلس لما مر انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع فى المجلس (والكتاب والرسالة كالخطاب) يعنى اذا كتب اما بعد فقد بعتك عبدى فلانا بكذا او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بكذا فاذهب واخبره فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقال فى مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريته به او قبلته تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر والرسول معبر وسفير فكلامه ككلام المرسل فان الرسول عم كان يبلغ تارة بالخطاب وتارة بالكتاب (ويبطل الايجاب قبل القبول بالرجوع) اى رجوع الموجب لان المانع من الرجوع لزوم ابطال حق الغير وهو منتف ههنا لان الايجاب لايفيد الحكم بدون القبول اعترض بان الحق منحصر فى الملك بل حق التملك ايضا حق وفيه ابطاله ورد بان الايجاب اذا لم يفد ملكا للمشترى لم يكن مزيلا لملك البايع فحق التملك للمشترى لايعارض حقيقة الملك

للبايع لكونها اقوى منه ولا ينتقض بما اذا دفع الزكوة قبل الحول الى الساعى فان المزكى لايقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكى فعمل حق الفقير لانتفاء ما هو اقوى منه (و) يبطل ايضا الايجاب قبل القبول (بقيام ايهما) من الموجب والقابل (عن مجلسه) لان القيام دليل الرجوع والدلالة تعمل عمل الصريح اعترض بانها انما تعمل عمله اذا لم يوجد صريح يعارضها وههنا لوقال بعد القيام قبلت وجد الصريح ولم يعتبر ورد بان الصريح انما وجد بعد الدلالة واذا لم يعارضها (ولزم) اى البيع (بهما) اى بالايجاب والقبول (بلا خيار) لاحدهما فى المجلس وقال الشافعى لكل منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا) ولنا ان فى الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز اقول يرد على ظاهره انه ان اريد بحق الآخر حق التملك فمسلم لكنه لايفيد لما مر وان اريد حقيقة الملك فممنوع بل هو اول المسئلة ويمكن دفعه بان حق التملك ثابت قبل القبول ولو لم يثبت حقيقة الملك بعده لم يكن للقبول فائدة زائدة بل كان وجوده وعدمه سواء مع كونه ركنا فالاحسن ان يقال ولنا ان الايجاب والقبول يفيدان حقيقة الملك لما قال الله تع * يا ايها الذين آمنوا لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فاباح الاكل ولو فى المجلس لوجود التجارة الناشية عن التراضى والبيع تجارة فدل باطلاقه على نفى الخيار وصحة وقوع الملك للمشترى والقول بالخيار تقييد وهو نسخ فلا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول اى قبول كل واحد من المتعاقدين العقد فى المجلس وفائدته دفع توهم ان الموجب بعدما اوجب لايكون له ان يرجع لاخيار الفسخ بعد الايجاب والقبول وفى الحديث اشارة اليه لان الاحوال ثلث حال لم يوجد فيه الايجاب والقبول وحال وجدا فيها وانقضى وحال وجد فيها احدهما والآخر موقوف واطلاق اسم المتبايعين عليهما فى الاولى مجاز باعتبار ما يؤل اليه وفى الثانية مجاز باعتبار ما كان وفى الثالثة حقيقة لما تقرر فى موضعه ان اسم الفاعل حقيقة فى الحال بمعنى اجزاء من اواخر الماضى واوائل المستقبل وهى حال المباشرة بان يقبل احدهما فى المجلس والآخر متوقف فيه لا ما قبلها ولا ما بعدها او يحتملها فيحمل عليها لئلا يلزم ابطال حق الاخر والتفرق المذكور فى الحديث محمول على تفرق الاقوال بان يقول احدهما بعت ويقول الاخر لااشترى او بالعكس حيث لايبقى الخيار بعده فان قبل التفرق يكون بعد الاجتماع وهو لايتصور ههنا قلنا المراد بالتفرق عدم الاجتماع ابتداء وهذا مبنى على قاعدة مقررة فى المفتاح والكشاف ضيق فم الركية اووسع كم الثوب والمراد

فى الاول جعل فم الركية ضيقا ابتداء وفى الثانى جعل كم الثوب واسعا ابتداء فلا تغفل (وكفى) فى صحة البيع (الاشارة فى اعواض) اعم من البيع والثمن (غير ربوية) احتراز عن بيع درهم ودينار وحنطة ونحوها بجنسها فان الاشارة فيه لاتكفى بل لابد من مساواتهما قدرا لاحتمال الربوا كما سيأتى وانما كفت الاشارة لكونها ابلغ طرق التعريف فلا يحتاج الى بيان القدر والوصف بخلاف السلم فان معرفة قدر المسلم فيه ووصفه واجبة فيها لكونه غير مشار اليه كما سيأتى وشرط معرفة مبيع يسلم) اى يحتاج الى التسليم احتراز عما اذا اقر ان لفلان عنده متاعا ثم اشتراه منه ولم يعرفا فانه يجوز لعدم احتياجه الى التسليم ذكره الزاهدى (بما) متعلق بمعرفة (يرفع الجهالة) المفضية الى النزاع المفضى الى فساد البيع بان باع غائبا واشار الى مكانه وليس فيه مسمى بذلك الاسم غيره فانه جائز كما سيأتى فى خيار الرؤية (و) شرط ايضا معرفة (قدر ثمن) كعشرة مثلا كائن (فى الذمة) احتراز عن المشار اليه كما سبق وما يحصل فيها هو المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات كالدراهم والدنانير وسائر ما يوزن اذا قوبلت بالاعيان القيمية (و) معرفة (وصفه) ككونه بخاريا او سمرقنديا لان جهالتهما تفضى الى النزاع فيعرى العقد عن المقصود (وصح) البيع (بحال) اى بثمن حال (ومؤجل) لاطلاق قوله تع واحل الله البيع وحرم الربوا وعنه صلى الله عليه وسلم انه اشترى من يهودى ثوبا الى اجل ورهنه درعه ولابد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه فى قريب المدة وذلك يسلم فى بعيدها كذا فى الهداية والكافى وغيرهما اقول فيه اشكال لان نص البيع مطلق كما قالوا واشتراط معلومية الاجل بالدليل العقلى تقييد المطلق بالرأى وهو غير صحيح لما تقرر فى الاصول ان تقييد المطلق نسخ ونسخ الكتاب بالرأى لا يجوز ويمكن دفعه بان اطلاق النص انما هو بالنظر الى نفس الاجل وهى لم تقيد بالمعلومية لما سيأتى فى خيار الشرط انه اذا قال بعتك هذا الى اجل او مؤجلا صح فصرف الى نصف يوم او ثلثة ايام او شهر والمقيد بالمعلومية انما هو وقت الاجل والنص ليس بمطلق بالنظر اليه ولهذا قلت (معلوم الوقت حتى) اذا جهل وقته فسد البيع كالبيع الى الحصاد ونحوه وتحقيقه ان البيع مطلق والمطلق هو المتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا الاثبات وذات البيع وحقيقته كما عرفت مبادلة المال بالمال فالثمن معتبر فى مفهوم البيع والتأجيل من صفات الثمن فيكون من صفات البيع ولهذا يقال بيع مؤجل فبالنظر الى التأجيل يكون البيع مطلقا لا يجوز تقييده بظنى واما تعيين وقت الاجل فليس من صفات البيع بل امر له نوع تعلق بصفته

فبالنظر اليه لا يكون البيع مطلقا فيجوز تقييده بالرأى فيندفع الاشكال (وبعد ما علم) الاجل (ان مات البايع لا يبطل الاجل وان) مات (المشترى حل المال) لان فائدة التأجيل ان يتجر فيؤدى الثمن من نماء المال فاذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل (واذا منع البايع السلعة سنة الاجل فللمشترى اجل سنة ثانية) يعنى اذا اشترى بثمن مؤجل الى سنة غير معينة ولم يقبض المبيع حتى مضت السنة فللمشترى سنة اخرى بعد قبضه وقالا ليس له ذلك (وبمطلق) اى صح البيع بثمن مطلق عن ذكر الصفة لا القدر لوجوب ذكره لما عرفت (فالعقد) اى فالعقد ح يقع (على غالب النقد) اى غالب نقد البلد فى الرواج لانه المتعارف (فان استوى) اى لم يوجد الغالب بل استوى (الرواج) فى النقود (لا المالية) بل تفاوتت فيها (فسد) اى البيع (ان لم يبين) اى الثمن انه من اى نوع لان الجهالة تفضى الى النزاع كما مر (او) استوى (المالية ايضا) اى كما استوى الرواج (واختلف الاسم) كالاحادى والثنائى والثلاثى (صح ان اطلق اسم الدرهم على كل منها) حيث يطلق على الواحد من الاول والاثنين من الثانى والثلاث من الثالث اسم الدرهم اذ لا نزاع عند عدم الاختلاف فى المالية وهو المانع من الجواز (وصرف الى ما قدر به من كل نوع) مثلا اذا باع عبدا بالف درهم فله ان يعطى الفا من الاحادى او الفين من الثنائى او ثلثة آلاف من الثلاثى هذا ما ذكر فى الكافى واراد صاحب الهداية وان كان فى عبارته نوع غموض (ولا يتعين النقدان) النقد ما ليس مصوغا من الذهب والفضة مسكوكا او لا (والفلوس النافقة) كذا فى العمادية (فى صحيحه) اى البيع (وان عينا) يعنى اذا عين العاقدان درهما مثلا ثم اراد المشترى تبديله بدرهم آخر جاز عندنا ولا يسمع نزاع البايع وعند الشافعى يتعينان بالتعيين حتى لا يجوز تبديله باخر ولو هلك قبل التسليم او استحق بعده او قبله ينتقض البيع عنده لا عندنا بل يطالب بتسليم مثله وانما قال فى صحيحه لما ذكر فى العمادية ان الدراهم والدنانير يتعينان فى البيع الفاسد من الاصل ولا يتعينان فيما ينتقض بعد الصحة صورة الاول ما اذا باع عبدا وقبض الثمن فظهر انه ثمن الحر او باع جارية وظهر انها ام ولد فتعين دراهم الثمن للرد لان لهذا القبض حكم الغصب وصورة الثانى ما اذا باع عبدا وهلك قبل التسليم فالثمن المقبوض لا يتعين فى رواية وهو الاصح (وصح) البيع (فى الطعام) وهو الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسيأتى فى الوكالة (والحبوب) وهو غيرهما كالعدس والحمص ونحوهما (ولو) كان البيع (جزافا) اى بطريق المجازفة معرب كزاف (لو) بيع (بغير جنسه) لقوله عليه السلام * اذا اختلف النوعان

فيعو اكيف شئتم بخلاف ما اذا بيع بجنسه مجازفة فانه لا يصح لاحتمال الربوا (و
صح ايضا بيع المكيلات والموزونات (باناء او حجر معين) كل منهما (جهل قدره)
لان المانع من الصحة جهالة تفضى الى النزاع وههنا ليست كذلك لان التسليم
فى البيع متعجل فيندر هلاك الاناء والحجر بخلاف السلم فان التسليم فيه متأخر
فالهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق فيه المنازعة وعن ابى يوسف ان الجواز فيما اذا
كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها واما اذا كان كالزنبيل ونحوه
فلا يجوز وكذا اذا كان الحجر يتفتت او باعه بوزن شئ اذا جف يخف (و) صح
ايضا فى (القدر المسمى) واحدا كان او اكثر (اذا بيع صبرة كل قفيز او قفيزين)
مثلا (بكذا) يعنى اذا قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز او قفيزين او ثلثة بكذا فالبيع
جائز فى القدر المسمى من عدد القفزان عند ابى ح لا الباقى الا اذا زالت الجهالة
بعلم جميع القفزان بتسميتها او بالكيل فى المجلس قبل الافتراق وقالا يجوز مطلقا
(لا صبرتان) اى لا يصح البيع عند ابى ح فى القدر المسمى اذا بيع صبرتان (من
جنسين) كصبرتى بر وشعير كل قفيز او قفيزين بكذا حيث لم يصح البيع عنده
فى قفيز واحد لتفاوت الصبرتين وعندهما يصح فيهما ايضا وذكر فى المحيط
والايضاح ان العقد يصح على قفيز واحد منهما (ولا) اى لا يصح ايضا البيع
عنده فى القدر المسمى اذا بيع (متفاوت وكالثلة) وهو قطيع غنم كل شاة او شاتين
بكذا (والعدل) المشتمل على الاثواب المتفاوتة كل ثوب او ثوبين بكذا لان
التفاوت فى ابعاضها يقتضى الجهالة المؤدية الى النزاع بخلاف الصبرة (وان
سمى الجملتين) اى جملتى المبيع والثمن بان قال بعت هذه الثلة وهى مائة بالف
درهم او بعت هذا العدل وهو عشرة اثواب بمائة (بلا تفصيل) اى لا يقول كل
شاة بكذا او كل ثوب بكذا (صح) البيع (فى الكل) اجماعا (متفاوتا اولا) لمعلومية
المبيع والثمن (فان باعها) هذا تفصيل لقوله وان سمى الجملتين بلا تفصيل يعنى
بعد ما سمى الجملتين ولم يفصلهما فان باع الصبرة (على انها مائة) اى مائة قفيز
(بمائة صح) البيع ولا يتفاوت الحكم ههنا بين ان يسمى لكل قفيز ثمنا بان يقول
كل قفيز بدرهم وبين ان لا يسمى لعدم التفاوت بخلاف العدديات المتفاوتة كما
سيأتى (وهى) اى الصبرة (اقل) من المائة (اخذه) اى المشترى الاقل (بحصته
من الثمن (او فسخ) العقد يعنى انه مخير بين الامرين لتفرق الصفقة عليه
فلم يتم رضاه بالموجود (او) هى (اكثر) من المائة (فالزائد) على المائة
(للبايع) والمائة للمشترى لان البيع وقع على مقدار معين وقد وجد فصح
العقد والقدر ليس بوصف حتى يدخل فى البيع كما فى الثوب فيكون للبايع

وان

(وان باع المذروع هكذا) اى سمى الجملتين ولم يقل كل ذراع او ذراعين بكذا
صح البيع فان وجده المشترى تاما اخذه بكل الثمن بلا خيار وان وجده
اقل خير ان شاء (اخذ الاقل بالكل) اى بكل الثمن (او ترك) لان الذرع
وصف فى الثوب لا بمعنى كونه صفة عرضية له بل هو فى اصطلاح الفقهاء
ما يكون تابعا لشئ غير منفصل عنه اذا حصل فيه يزيده حسنا وان كان فى
نفسه جوهرا كذراع من ثوب او بناء من دار كما سبق فى الايمان فان ثوبا هو عشرة
اذرع ويساوى عشرة دراهم اذا انتقص منه ذراع لا يساوى تسعة بخلاف
المكيلات والعدديات فان بعضا منها يسمى قدرا واصلا ولا يفيد انضمامه الى
بعض آخر كما لا المجموع فان حنطة هى عشرة اقفزة اذا ساوت عشرة دراهم
كانت التسعة منها تساوى تسعة وقد اختلفوا فى تفسير الوصف والاصل
والكل راجع الى ما ذكرنا والوصف بهذا المعنى لا يقابله شئ من الثمن كاطراف
الحيوان الا اذا كان مقصودا بالتناول كما سيأتى (واخذ) اى المشترى (الاكثر
بلا خيار للبايع) لانه وصف فكان كما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم (وان باع
المتفاوت هكذا) اى سمى الجملتين ولم يفصل (صح البيع فى الكل)
حتى اذا تساوى المبيع والثمن لزم البيع لمعلومية كل منهما (لا الاقل والاكثر)
قال فى غاية البيان نقلا عن الايضاح اذا قال بعتك هذا القطيع على انه خمسون
رأسا وهذا العدل على انه خمسون ثوبا بكذا فالبيع جائز لان جملة المبيع والثمن
صار معلوما بالتسمية فاذا وجد المبيع زائدا او ناقصا فالبيع فاسد لان الزيادة
لم يقع عليها العقد فيصير كانه باع ثوبا من احد وخمسين وهذا فاسد لانه مجهول
متفاوت وان كان ناقصا فيحتاج الى ان يحط حصة الثوب الناقص وهى
مجهولة فيفسد ايضا وهكذا فى سائر ما يختلف قيمته (وان زاد) اى فى بيع
المذروع بعد ذكر الجملتين (كل ذراع بدرهم) لم يتعرض لذكر الصبرة لما ذكر
ان الحكم لا يختلف هناك بين ذكر هذا القيد وبين تركه لعدم التفاوت (صح
فى الكل) لما ذكرنا (فان وجده اقل او اكثر اخذ الاقل بالاقل او ترك) فى
الصورة الاولى لان الوصف وان كان تابعا لا يقابله شئ من الثمن صار ههنا
اصلا بافراده بذكر الثمن فانهم قالوا الوصف يقابله شئ من الثمن اذا كان مقصودا
بالتناول حقيقة كما اذا قطع البايع يد العبد المبيع قبل القبض يسقط نصف
الثمن او حكما لحق البايع كما اذا حدث عيب عند المشترى او لحق
الشارع كما اذا خاط المشترى الثوب المبيع ثم اطلع على عيب يكون للوصف

قسط من الثمن فاذا صار اصلا ووجده ناقصا ثبت الخيار ان شاء اخذه بحصته وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه او لفوت الوصف المرغوب فيه (و) فى الصورة الثانية (اخذ الاكثر بالاكثر او فسخ) لانه ان حصل له الزيادة فى المبيع لزمه زيادة الثمن لما ذكر فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير فلو اخذه بالاقل لم يكن عاملا بمقتضى اللفظ وانما قال فى الاول او ترك وقال ههنا او فسخ لان المبيع لما كان ناقصا فى الاولى لم يوجد المبيع فلم ينعقد البيع حقيقة وكان اخذ الاقل بالاقل كالبيع بالتعاطى وفى الثانية وجد المبيع مع زيادة هى تابعة فى الحقيقة فتدبر (وان وجده) اى المذروع (عشرة ونصفا او تسعة ونصفا اخذه فى الاول بعشرة بلا خيار وفى الثانى بتسعة به) اى بالخيار وقال ابو يوسف فى الاول يأخذه باحد عشر بالخيار وفى الثانى بعشرة به وقال محمد فى الاول يأخذه بعشرة ونصف بالخيار وفى الثانى بتسعة ونصف به لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكمهما ولابى يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب وقد انتقص وله ان الذراع وصف فى الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فاذا عدم عاد الحكم الى الاصل وقيل فى الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشترى مازاد على المشروط لانه كالموزون حيث لا يضره الفصل فيجوز بيع ذراع منه (وان زاده) اى القيد المذكور (فى بيع المتفاوت صح فى الاقل بقدره) لانه لما بين لكل منهما ثمنا كان كل منهما مبيعا فصح فى العدد الموجود لكنه خير لتفرق الصفقة عليه (وفسد فى الاكثر) لانه اذا كان زائدا يبقى الجهالة فى المردود المتفاوت فيؤدى الى النزاع (صح بيع عشرة اسهم من مائة سهم من دار) اجماعا (لا عشرة اذرع من مائة ذراع منها) عند ابى حنيفة وعندهما جائز ذكر فى غاية البيان نقلا عن الصدر الشهيد والامام العتابى ان قولهما بجواز البيع اذا كانت الدار مائة ذراع ويفهم هذا من تعليلهما ايضا حيث قالا لان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شايع لان الذراع فى الاصل اسم لخشبة يذرع بها واستعير ههنا لما يحله وهو معين لا مشاع لان المشاع لا يتصور ان يذرع فاذا اريد به ما يحله وهو معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد (و) لا (ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروى) بسكون الراء (وان بين ثمن كل) لانه جعل القبول فى المروى شرط جواز العقد

فى الهروى واشتراط قبول المعدوم فى العقد يفسده

) فصل (

اعلم ان ههنا اصولا الاول ان كل هو ما يتناول اسم المبيع عرفا يدخل فى البيع وان لم يذكر صريحا والثانى ان كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له داخلا فى المبيع وما لا فلا قالوا ان ما وضع لان يفصله البشر بالآخرة لبس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله فهو اتصال قرار والثالث ان ما لا يكون من القسمين ان كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البيع بذكره والا فلا اذا تقرر هذا فنقول (لا يدخل العلو بشراء بيت بكل حق له ونحوه) اى بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه (ولا) يدخل العلو ايضا بشراء (منزل الا به) اى بالقيد المذكور لان المنزل بين الدار والبيت اذ يتأتى فيه مرافق السكنى بنوع قصور بانتفاء منزل الدواب فيه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر الحقوق ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه (ويدخل هو) اى العلو (والبناء ومفتاح غلق متصل) بباب الدار بخلاف المنفصل وهو القفل فانه ومفتاحه لا يدخلان بهذا القيد (والكنيف بشراء دار بحدودها بدونه) اى بدون ذكر ذلك القيد اما العلو فلان الدار اسم لما ادار عليه الحدود والعلو منها وكذا البناء واما المفتاح فلان الغلق المتصل جزء منها والمفتاح يدخل فى بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به الا به والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء ولو من خشب لا غير المتصل والسرير كالسلم كذا فى الكافى (لا) اى لا يدخل فى بيع الدار (الظلة والطريق والشرب والمسيل الا به) اما الظلة فلانها مبنية على هواء الطريق فاخذت حكمه واما الطريق والشرب والمسيل فلانها خارجة عن الحدود لكنها من الحقوق فتدخل بذكرها وتدخل فى الاجارة بلا ذكرها لانها تعقد للانتفاع ولا يحصل الا به بخلاف البيع لانه قد يكون للتجارة (ويدخل الشجر) وان لم يسمه (لا الزرع) الا بالتسمية (بشراء الارض) لان الشجر متصل بها للقرار فاشبه البناء والزرع متصل به للفصل فاشبه متاعا فيها (ولا الثمر بشراء شجرة) لان الاتصال وان كان خلقيا للقطع لا للبقاء فصار كالزرع (الا بكل ما فيها او منها) لانه حينئذ يكون من المبيع (لا بحقوقها) لانه ليس منها (لا يصح بيع الزرع قبل

صيرورته بقلا) لانه ليس بمنتفع به وتابع للارض فيكون كالوصف فلا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده وان باع على ان يترك الى ان يدرك لم يجز وكذا الرطبة والبقول (وبعدها يصح ان شرط تخلية المشترى) اى تخلية ارض البقل بان يقطعه او يرسل عليه دابته فتأكل فح يصح لان الشرط مقتضى العقد فلا يفسده (ويجوز بيع حصته من شريكه) لوجود المقتضى وعدم المانع لانه بالنظر اليه كالاصل لاختلاط ملكهما (مطلقا) اى سواء بلغ آوان الحصاد اولا (ومن غيره بغير اذنه ان لم يفسخ الى الحصاد) لانه حينئذ ينقلب الى الجواز كما اذا باع الجذع فى السقف ولم يفسخ البيع حتى اخرجه وسلمه ولو كان الارض والزرع مشتركا فباع نصف الارض مع نصف الزرع من شريكه او اجنبى بغير رضاء شريكه جاز وقام المشترى مقام البايع ثم بيع نصف الزرع بدون الارض انما لا يجوز فى موضع كان لصاحب الزرع حق القرار فيه بان زرع فى ملك نفسه اما اذا كان متعديا فى الزراعة كالغاصب فجاز بيع النصف كذا فى الخلاصة (كذا منفرد باع كله) اى جاز بيعه ايضا ان لم يفسخ الى الحصاد اذ ح يرتفع الفساد (باع سمكة فيها درة لم تدخل فى البيع) يعنى اصطاد سمكة فى بطنها درة فذلك السمكة والدرة لثبوت اليد عليهما فلو باع السمكة لم تدخل الدرة فى البيع لانها ليست من اجزائها كذا فى الهداية والكافى فى باب الركاز (وصح بيع البر فى سنبله والباقلا) بتشديد اللام والقصر واذا قلت الباقلاء بالمد خفف اللام كذا فى الصحاح (والارز والسمسم فى قشرها الاول) وكذا الجوز واللوز والفستق وقال الشافعى لا يجوز ذلك كله وله فى بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز بيع ذلك كله وله ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روى عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم * انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة حكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها قال فى العناية وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهى يقتضى المشروعية اقول فيه بحث لان المشروعية التى يقتضيها النهى عن الافعال الشرعية هى مشروعية الاصل مع عدم مشروعية الوصف وهو عين الفساد فالدليل يفيد خلاف المدعى لان المدعى صحة البيع والدليل يفيد فساده بل الصواب ان يقال ان الاستدلال به مبنى على ما قال صاحب المجموع فى البدايع ان الغاية عندنا من قبيل الاشارة

لاالمفهوم او على ما قاله صاحب التلويح فى بحث المعارضة والترجيح ان مفهوم الغاية متفق عليه (و) صح بيع (ثمرة وان لم يبد صلاحها) لانها مال متقوم حالا ومآلا (ولزم) على المشترى (قطعها) اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع (وشرط ابقائها) على الشجر حال البيع (يفسده) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشترى (وجده) اى الثمن (زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها به) اى بالثمن يعنى اذا باع سلعة بثمن فله حق حبسها حتى يستوفى ثمنها فان سلمها الى المشترى بطل حقه فى الحبس وليس له استرجاع السلعة واعماله المطالبة بالثمن فلو قبض الثمن وسلم المبيع ثم وجد الثمن زيوفا لم يكن له استرجاع السلعة وانما له المطالبة بحقه وقال زفر له ذلك (قبض زيوفا بدل الجياد) يعنى كان له على آخر دراهم جياد فاستوفى زيوفا على ظن انها جياد فاتلفها (ثم علم) انها زيوف (ان كانت قائمة يردها ويسترد الجياد والا) اى وان لم يكن قائمة سواء كانت هالكة او مستهلكة (فلا) اى لا يرد ولا يسترد وقال ابو يوسف يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد لان الرجوع بالنقصان باطل لاستلزامه الربوا ولا وجه لابطال حقه فى الجودة لعدم رضاه فكان النظر فيما عيناه ولهما ان قضاء الدين حصل بقبض جنس حقه وبعد العلم حقه فى فسخ ذلك القضاء وهو ممتنع لهلاك ما به حصل القضاء انما قال زيوفا لانها لو كانت رصاصا او ستوقة ترد اتفاقا وانما قال ثم علم لانه لو علم عند القبض انها ستوقة سقط حقه (اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد ثمنه فالبايع اسوة للغرماء) يعنى اشترى شيئا وقبضه ولم ينقد الثمن حتى مات مفلسا فالبايع اسوة للغرماء يقتسمونه ولا يكون البايع احق به وعند الشافعى هو احق به وانما قال قبضه اذ لو لم يقبضه فالبايع احق به اتفاقا

*) باب خيار الشرط والتعيين (*

اعلم ان البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولكون اللازم اقوى قدمه ثم ذكر خيار الشرط والتعيين واراد بالاول ان يكون العاقد مخيرا بين قبول اصل العقد ورده واراد بالثانى ان يشترى احد الشيئين او الثلثة على ان يعين ايا شاء وقدمها على باقى الخيارات لانهما يمنعان ابتداء الحكم ثم ذكر خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم واخر خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وخيار الشرط انواع فاسد وفاقا كما اذا قال اشتريت على انى بالخيار اياما او على انى بالخيار ابدا وجائز وفاقا وهو

ان يقول على انى بالخيار ثلثة ايام فادونها ومختلف فيه وهو ان يقول على انى بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابى حنيفة وزفر والشافعى وجائز عند ابى يوسف ومحمد (جاز) اى خيار الشرط (للمتبايعين) اى لكل منهما (معا) فلم يوجد البيع مالم يرضيا (ولاحدهما ولغيرهما) كما سيأتى (الى ثلثة ايام) اى الى آخرها لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لحبان بن منقذ * اذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلثة ايام * وجه الاستدلال ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم فيكون مفسداله لكنه جوز بهذا النص الدال على الخيار فى لبيع والشراء بلفظ بايعت على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه (لا اكثر) وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة (وان اجاز) اى من له الخيار بعد العقد الى اكثر من ثلثة ايام (فيها) اى فى ثلثة ايام (جاز) البيع لزوال المفسد قبل تقرره (ان شرى) لم يذكره بالفاء كما ذكر فى الوقاية اشارة الى انه ليس من صور خيار الشرط حقيقة ليتفرع عليه بل اورده عقيبه لانه فى حكمه معنى (على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع صح والى اكثر لا الا ان ينقده فى الثلثة) قالوا لان هذا فى معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فى الفسخ فيكون ملحقا به اقول يرد على ظاهره انك قد عرفت ان النص الوارد فى شرط الخيار مخالف للقياس وقد تقرر فى كتب الاصول ان ماثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس ودفعه ان المقرر فى كتب الاصول عدم جواز القياس الجلى على ماثبت بخلاف القياس الخفى اذ قد تقرر فيها ايضا جواز الحاق حكم ثبت على خلاف القياس بغيره بطريق دلالة النص و بطريق الاستحسان الذى هو القياس الخفى وكل منهما محتمل ههنا كما لا يخفى على الناظر المتأمل (ولا يخرج المبيع بخيار البايع عن ملكه) لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا لو اعتقه البايع نفذ ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البايع (فان قبضه المشترى فهلك) فى يده فى مدة الخيار (ضمن قيمته) لانفساخ البيع بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا فى يده على سوم الشراء وفيه القيمة و لو هلك فى يد البايع هلك عليه وانفسخ البيع ولا شئ على المشترى كما فى البيع المطلق (ويخرج) المبيع من ملك البايع (بخيار المشترى) يعنى اذا كان الخيار للمشترى فقط يخرج المبيع عن ملك البايع للزوم البيع فى جانبه بانتفاء الخيار (فان هلك) المبيع (عنده) اى المشترى

ضمن

(ضمن الثمن) فان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب وسيأتى انه اذا دخله عيب يمتنع الرد فاذا امتنع لزم العقد وتم فيلزم الثمن المسمى بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع لان الخيار اذا كان له يهلك والبيع موقوف كما مر فيلزم القيمة (ولا يملكه) اى لا يملك المشترى المبيع وقالا يملكه لانه خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل فى ملك المشترى كان ملكا بلا مالك ولا نظير له فى الشرع وله ان الثمن لم يخرج عن ملكه فلو دخل المبيع فى ملكه لاجتمع البدلان فى ملك شخص واحد حكما كما لمعاوضة ولا نظير له فى الشرع ورجح هذا بان الخيار انما شرع نظرا للمشترى ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل فى ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه (وله) اى لعدم تملك المشترى المبيع (فروع الاول لو اشترى زوجته بقى النكاح) لعدم ملك اليمين المزيل له (الثانى ان وطئها) اى وطئ المشترى بالخيار زوجته (جازله ردها) لان وطئه بالنكاح لا بملك اليمين لم يمنع الرد (الا فى البكر) لانه تعيب وسيأتى انه يبطل الرد (الثالث ان اشترى قريبه لا يعتق عليه فى المدة) لعدم الملك فيها والعتق مرتب عليه (الرابع كذا) اى لا يعتق ايضا (من شراه قائل ان ملكت عبدا فهو حر) لعدم وقوع الشرط (الخامس حيضها فى المدة لا يعد من الاستبراء) لانه انما يجب بعد ثبوت الملك ولم يثبت (السادس ان ردت الامة) المشتراة (به) اى بالخيار (على البايع فلا استبراء عليه) اذ لم يملكها المشترى ليتجدد الملك فيجب الاستبراء (السابع من ولدت فى المدة بالنكاح لم تصر ام ولد) يعنى ان اشترى زوجته بالخيار فولدت فى ايام الخيار فى يد البايع لا تصير ام ولد للمشترى فيملك الرد وانما قلنا فى يد البايع لانها لو ولدت فى يد المشترى لزم البيع و يبطل الخيار لان الولادة عيب (الثامن انه) اى المبيع بالخيار (يهلك على البايع ان قبضه المشترى باذنه واودعه عنده) اى عند البايع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك (التاسع بقى خيار مأذون شرى وابرأه بايعه عن ثمنه فى المدة) اى ان اشترى عبد مأذون شيئا بالخيار وابرأ بايعه عن ثمنه فى مدة الخيار بقى خياره لانه لما لم يملك كان رده فى المدة امتناعا عن التملك وللمأذون ولاية ذلك فانه اذا وهب له شئ فله ولاية ان لا يقبله (العاشر بطل شراء ذمى من ذمى خمرا بالخيار ان اسلم) لئلا يتملكها مسلما باسقاط خياره (ومن له الخيار) سواء كان بايعا او مشتريا او اجنبيا فله ان يفسخ وله ان يجيز فاذا اراد الاجازة (يجيز بلا علم صاحبه ولا ينقض بدونه) اى بدون علمه ولو كان غائبا وقال ابو يوسف

والشافعى له النقض ايضا بدونه كالاجازة ولانه مسلط عليه من قبله ولهذا لايشترط رضاه كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به بلاعلم الموكل لانه مسلط من قبله ولهما انه تصرف فى حق الغير بالدفع ولايعرى عن الضرر لان الخيار ان كان للبايع جاز ان يعتمد المشترى تمام العقد فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وان كان للمشترى جاز ان لايطلب البايع لسلعته مشتريا وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه كعزل الوكيل بخلاف الاجازة اذلا الزام فيها مع انه موافق له فيها ولانسلم انه مسلط عليه من قبله كيف وهو بنفسه لايملك النقض وانما ينقض لكون العقد غير لازم وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ماينفيه وهوانه ان لم ينفرد بالنقض لربما اختفى من لبس له الخيار الى مضى المدة فيلزم البيع اجيب بانه ضرر مرضى به منه حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة (وان نقض العقد) من له الخيار (فلو علمه) اى علم الآخر النقض فى المدة انتقض) العقد لحصول العلم به (والا) اى وان لم يعلم به فى المدة بل بعدها (تم العقد) لمضى المدة قبل الفسخ (ولايورث هذا) اى خيار الشرط بمعنى ان العقد لاينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث حال حياته فاذا كان الخيار للبايع ومات ملك المشترى المبيع ولاينازعه وارث البايع واذا كان للمشترى ومات ملك وارث المشترى بلاخيار فان قيل كيف يملكه الوارث والمورث لم يكن مالكا قلت العقد الموجب للملك كان موجودا فى حقه ولكن الخيار كان مانعا فاذا بطل الخيار فى حق الوارث ظهر اثر الموجب فتدبر وقال الشافعى يورث عنه لانه حق من حقوق البيع كخيار العيب والتعيين واجمعوا انه لومات من عليه الخيار وهو من لاخيار له يبقى الخيار لنا ان الارث فيما يقبل الانتقال والخيار لبس الامشية وارادة ولاارث فى خيار العيب والتعيين لما سيأتى (ولا) يورث ايضا (خيار الرؤية) لانه ايضا لبس الامشية وارادة حتى ان المشترى اومات قبل الرؤية فلبس لورثته الرد بعدها كما كان له (ولا) خيار (التعيين) لما ذكر (بل ثبت) للوارث (ابتداء) لاختلاط ملكه بملك الغير واذا بطل الخيار لزم البيع وتم (ى) لاخيار (العيب) بل المورث استحق المبيع سالما فكذا الوارث لقيامه مقامه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب فى يد البايع بعد موته وان لم يثبت للمورث (شرطه اى الخيار (احدهما) يعنى ان احد العاقدين اذا شرط الخيار (لغيرهما) جاز فاى) من العاقدين والغير (اجاز اونقض صح) استحسانا والقياس

ان

ان لايصح وهو قول زفر لان الخيار من احكام العقد فلايصح اشتراطه للغير كالثمن وجه الاستحسان ان الخيار لغير العاقد يثبت بالنيابة عنه فيقدم الخيار للعاقد اقتضاء فيجعل هونائبا عنه تصحيحا لتصرفه فيكون لكل منهما الخيار (وفى اجازة احدهما) من الاصيل والنائب وهو الغير (ونقض الآخر الاول اولى لوجوده فى زمان لايزاحمه غيره فيه (وفى المعية) اى ان خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد فى رواية لان النائب يستفيد التصرف منه وتصرف الناقض فى اخرى لان المجاز يلحقه النقض والمنقوض لايلحقه الاجازة فاذا اجتمعا (كان النقض اولى) كنكاح الحرة مع نكاح الامة اذا اجتمعا كان نكاح الحرة اولى لانه يرد على نكاح الامة بلاعكس ولان الاحتياط فيه اذ الفسخ يوجب الحرمة على المشترى والاجازة توجب الاباحة والمحرم راجح على المبيح باع عبدين بالخيار فى احدهما ان فصل) اى الثمن (وعين) اى محل الخيار (صح) اى العقد (والافلا) وهذا على اربعة اوجه احدها ان لايفصل الثمن ولايعين مافيه الخيار وهو فاسد لجهالة المبيع والثمن لان مافيه الخيار كالخارج عن العقد لانه مع الخيار لاينعقد فى حق الحكم فبقى الداخل فيه احدهما وهو مجهول وثانيها ان يفصل الثمن ويعين مافيه الخيار وهو جائز لكون المبيع والثمن معلومين وقبول العقد فيما فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر لكنه غير مفسد لكونه محلا للبيع كالجمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولايعين والرابع عكسه وهو فاسد فيهما لجهالة المبيع او الثمن وان اشترى كيليا اووزنيا اوعبدا واحدا على انه بالخيار فى نصفه صح فصل الثمن اولا لان النصف من الشىء الواحد لايتفاوت فقيمته ايضا لايتفاوت فاذا كان ثمن الكل معلوما كان ثمن النصف ايضا معلوما فالمبيع معلوم اذ الشيوع لايمنع الجواز كذا فى الكافى (وصح التعيين فيما دون الاربعة) هذا خيار التعيين يعنى اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة جاز وكذا الثلثة استحسانا وان كانت اربعة فسد وهو القياس فى الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعى وجه الاستحسان انه فى معنى شرط الخيار اذ الجواز ثمه للحاجة الى التأمل ليختار الارفق والاوفق مع انه مخالف لمقتضى العقد فكذا يحتاج هنا الى اختيار من يثق به اومن يشتريه له فجوز البيع على هذا الوجه دفعا للحاجة والجهالة انما توجب الفساد اذا كانت مفضية الى النزاع واذا شرط الخيار للمشترى فهى لا تفضى الى النزاع لان الامر صار مفوضا اليه فيختار اياشاء

و يرد الآخر والحاجة تندفع بالثلثة لاشتمالها على الجيد والردى والوسط وفى
الاربعة وان لم يوجد النزاع لكن لم يوجد الحاجة وهذه الرخصة قائمة بهما فلا
تحصل باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط وقيل
لايشترط واذا لم يذكر خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده
و بمدة معلومة عندهما (اشتريا بالخيار فرضى احدهما لايرده الآخر) يعنى
اشترى رجلان عبدا على انهما بالخيار ثلثة ايام فرضى احدهما دون الاخر
فليس للاخر ان يرده عند ابى حنيفة وقالا له الرد (وكذا خيار العيب)
يعنى اشتريا عبدا فظهر عيبه فرضى احدهما لا الآخر (والرؤية) يعنى اشتريا
شيئا لم يرياه فرآه احدهما فرضى لا الاخر فانهما ايضا على هذا الخلاف لهما
ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل منهما
محتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الاخر خياره لم يحصل مقصوده
و يلحق به ضرر وله ان المشروط خيارهما لا خيار كل منهما بالانفراد فلا ينفرد
احدهما بالرد اقول تحقيقه ان الخيار تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع
والخلع ونحوهما وكل ماهو كذلك اذا فوض الى رجلين لايستقل واحد منهما
فيه كالوكالة فانه اذا وكل رجلين بالبيع ونحوه لايقدر احدهما على التصرف
بدون الاخر لان الموكل رضى برأيهما لا رأى احدهما بخلاف التوكيل بطلاق
زوجته بلا عوض اورد الوديعة اونحوهما فانه لايحتاج الى الرأى بل تعبير
محض وعبارة الواحد والاثنين فيه سواء (ويبطله) اى خيار الشرط
(الاخذ بالشفعة دارا) مفعول الاخذ (يبعت) صفة دار (بجنب) حال
من دار اوصفة لها (ماشرط) الخيار (فيه) وهى الدار المشتراة يعنى
من اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة فهو رضى
لان طلب الشفعة دليل اختياره الملك فيها لان ثبوته لدفع ضرر الدخيل
وهو بالاستدامة فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت
الشراء بالاستناد فتبين ان الجواز كان ثابتا بخلاف خيار الرؤية
فانه لو اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة له
ان يرد الدار الاولى بخيار الرؤية ولو عرض على بيع لا يبطل ايضا
خيار الرؤية ويبطل خيار الشرط لانه لو قال ابطلت خيار الشرط سقط
الخيار ولو قال ابطلت خيار الرؤية لم يبطل خيار الرؤية لان ثبوته
موقوف على الرؤية كما سيأتى كذا فى غاية البيان (و) يبطله ايضا

تعييه

(تعيبه) اى تعيب ماشرط فيه الخيار (بما) اى بعيب (لايرتفع) كقطع يده
فان الرد يمتنع حتى لو مرض وزال جاز رده (و) يبطله ايضا (مضى
المدة) لان الخيار لم يثبت له الافيها كالمخيرة فى وقت مقدر لم يبق لها الخيار
بعد مضيه (و) يبطله ايضا (تصرف لاينفسخ كالاعتاق والتدبير او) تصرف
لايحل الا فى الملك كالوطئ والتقبيل واللمس بشهوة او) تصرف (لاينفذ
الا فيه) اى فى الملك (كالبيع والرهن والاجارة والهبة) فان كلا منها دليل
اختيار الملك واستبقائه (لا اللبس والركوب مرة) ونحو ذلك فانه يفعل للامتحان
والتجربة فلا يدل على الاستبقاء (اشترى بالخيار الى الغد دخل) اى الغد
فيكون مخيرا فى الغد ايضا وكذا لو قال الى الظهر او الليل دخل الظهر
والليل عند ابى حنيفة وعندهما لايدخل لان الغد ونحوه جعل غاية والغاية
لاتدخل فى المغيا كالليل فى الصوم وله ان الغاية اذ كانت لمد الحكم اليها
لاتدخل كالليل فى الصوم فانه يتناول صوم ساعة فاذا قيل الى الليل مد
الحكم الى موضع الغاية واذا كانت لاخراج ماوراءها فيبقى موضع الغاية داخلا ٩
وهنا لو اقتصر على انه بالخيار ثبت الخيار مؤبدا فيفسد البيع فاسقطت
الغاية ماوراءها بخلاف التأجيل فانه لو باع مؤجلا الى رمضان لم يدخل
رمضان فان مطلق التأجيل بان قال بعتك مؤجلا ولم يوقته لايتأبد بل
ينصرف الى نصف اليوم او ثلثة ايام او شهر و بالشهر يفتى فكانت الغاية
لمد الحكم اليها فلم تدخل (والقول للمنكر فى الخيار) يعنى اذا اختلف العاقد
ان فى اشتراط الخيار فالقول لمن ينكره مع اليمين فى ظاهر الروايات لان الخيار
لايثبت الا بالشرط فكان من العوارض فيكون القول لمن ينفيه كما فى دعوى
الاجل (والمضى) اى اذا اختلفا فى مضى المدة فالقول لمنكره لانهما تصادقا على
ثبوت الخيار ثم ادعى احدهما السقوط بمضى المدة فكان القول للمنكر (والزيادة)
يعنى اذا اختلفا فى قدره فالقول لمن يدعى اخصر الوقتين لان الآخر يدعى
زيادة شرط عليه وهو ينكر (اشترى عبدا بشرط خبزه او كتبه ووجده
بخلافه اخذه بثمنه اوترك) لانه وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط فى
العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه لم يرض به دونه وذلك بان لايقدر على الخبز
والكتابة قدر مايطلق عليه اسم الخباز والكاتب فحينئذ يخير بين القبول بجميع
الثمن وبين الرد اذا لم يمنع الرد سبب من الاسباب (كشراء شاة على انها
حلوب او لبون) ولم توجد كذلك (فانه مخير) لما ذكر (بخلاف شرائها

٩ كافى المرفق فان مطلق
الابدى ينتظم الاباط وكان
ذكر الغاية لاخراج ماوراءها
فيبقى موضع الغاية داخلا فى
حكمه

على انها حامل او تحلب كذا رطلا) حيث يفسد العقد لان ذلك ليس من قبيل الوصف بل من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة (اشترى جارية بالخيار فرد غيرها) بدلها قائلا (بانها المشتراة) فتنازع البايع والمشترى فقال البايع غيرت والمبيعة لبست هذه وانكر المشترى التغيير وليس للبايع بينة (فالقول له) اى للمشترى مع اليمين (و) جاز (للبايع وطئها) لان المشترى لما ردها رضى بتمليكها من البايع بذلك الثمن فكان للبايع ان يتملكها كذا فى الواقعات

) باب خيار الرؤية (

(جاز البيع والشراء لما لم يرياه) اى البايع والمشترى يعنى يجوز ان يبيع رجل شيئا ملكه ولم يره كما اذا ورثه وكذا يجوز ان يشترى رجل شيئا لم يره لما روى ان عثمان رضى الله تعالى عنه باع ارضا له بالبصرة من طلحة بن عبد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رضى الله عنه انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى بعت ما لم اره فحكما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين (حضر) اى سواء حضر (المبيع) الغير المرئى (فى المجلس) بان يكون زيتا فى زق او برا فى جوالق اودرة فى حقة او ثوبا فى كم او جارية منتقبة واتفقا انه موجود فى ملكه ولم ير المشترى شيئا منه (او غاب) المبيع عن المجلس (واشير الى مكانه الخالى عن سميه) اى ليس فى ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيره (وللمشترى الخيار عندها) اى عند الرؤية ان شاء اخذ وان شاء رد وقال الشافعى اذا لم ير لم يصح العقد لجهالة المبيع ولنا العمومات المجوزة بلا قيد الرؤية فلا يزاد قيد الرؤية عليها لانها كالنسخ وقد روى انه صلى الله تعالى عليه وسلم *قال من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه* ولان الجهالة انما تفسد اذا افضت الى النزاع كما فى شاة من القطيع واما اذا لم تفض اليه فلا كقفيز من الصبرة والجهالة بعدم الرؤية لا تفضى اليه اذ لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف فى المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا ولم يعلم عدد ذرعانه (وان رضى قبلها) يعنى اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها كذا قالوا اقول فيه بحث اما اولا فلما تقرر فى الاصول ان كل ما دخله حرف الشرط لا يجب ان يكون شرطا بمعنى ما يتوقف عليه وجود الشئ حتى يلزم من انتفائه انتفاء المشروط واما ثانيا

فلان هذا استدلال بمفهوم الشرط ونحن لا نقول به فالوجه ان يقال لو لزم العقد بالرضاء قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص فما يؤدى الى ابطاله كان باطلا (دون البايع) اى ليس له خيار الرؤية لما مر من قضاء جبير بن مطعم (ولا يتوقت) اى ليس له وقت معين لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشترى فالتوقيت فيه زيادة على النص فيبقى الى ان يوجد مبطله (ولا يثبت الا فى الشراء والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شئ معين) لان كلا منها معاوضة (وكفى رؤية ما يعلم به المقصود) فان رؤية جميع المبيع غير لازم لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود فان كان المبيع اشياء فان لم يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان تعرض بالنموذج اكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقى اردأ مما رأى فحينئذ يكون مخيرا وان تفاوتت كالثياب والدواب لزم رؤية كل واحد والجوز واللوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخى وقال صاحب الهداية ينبغى ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا تقرر هذا فنقول ما يعلم به المقصود (كوجه الصبرة) لانه يعرف حال البقية وان وجدت اردأ منه خير (و) وجه (الرقيق) لان الوجه هو المقصود فى الآدمى (و) وجه (الدابة وكفلها) لانهما المقصودان فى الدابة وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروى عن ابى يوسف (وكضرع شاة القنية) عطف على كوجه فانه ايضا مما يعلم به المقصود فيكفى رؤيته (وظاهر ثوب مطوى غير معلم) لانه ايضا يعرف البقية اما اذا كان فى حال باطنه ما يكون مقصودا كموضع العلم فلابد من رؤية (موضع علمه معلما) قوله (وجس) عطف على رؤية اى كفى جس (شاة اللحم) لان المقصود وهو اللحم يعرف به (وذوق ما يطعم) لانه المعرف للمقصود (لا) اى لا يكفى (خارج الدار وصحنها) بل يجب رؤية جميع بيوتها وما روى من عدم الخيار لمن رأى صحن الدار وخارجها فانما هو على عادة القدماء فى الابنية فان دورهم يومئذ لم تكن متفاوتة فالنظر الى الظاهر كان يوقع العلم بالداخل فاما اليوم فليس الامر كذلك (او) رؤية (الدهن فى الزجاج) فانها لا تكون رؤية للدهن حقيقة لوجود الحائل (وكفى نظر وكيله بالقبض كوكيله بالشراء) لا نظر (رسوله) اعلم ان ههنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا صورة التوكيل بالشراء ان يقول الموكل كن وكيلا عنى بشراء كذا وصورة التوكيل بالقبض ان يقول

كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريته و مارأيته وصورة الرسالة ان يقول كن رسولا عنى بقبضه فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع ورؤية الوكيل الثانى تسقط عند ابى حنيفة اذا قبضه ناظرا اليه فحينئذ لبس له ولا للموكل ان يرده الا من عيب اما اذا قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار فانه لايسقط لانه اذا قبضه مستورا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص فلايملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا وان ارسل رسولا بقبضه فقبضه بعد مارآه فللمشترى ان يرده وقالا الوكيل بالقبض والرسول سواء فى ان قبضهما بعد الرؤية لايسقط خيار المشترى (صح عقد الاعمى) اى بيعه وشراؤه (وسقط خياره اذا) اشترى (بجسه) فيما يدرك بالجس (وشمه) فيما يدرك بالشم (وذوقه) فيما يدرك بالذوق (ووصف العقار) ولاعبرة لوقوفه فى مكان لوكان بصيرا لرآه كما روى عن ابى يوسف رحمه الله تعالى (ونظر وكيله لانه) كنظره (رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الاخر) فوجده معيبا (فله ردهما لاغير) اى لارد المعيب وحده لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها فانها لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض و بعده (شرى مارأى) اى مارآه قبل الشراء (ان تغير خير) لانه اشترى مالم يره اذ بالتغير صار شيئا آخر (والا) اى وان لم يتغير (فلا) اى لاخيار له لانه اشترى شيئا رآه (الا) اذا لم يعرف انه الذى رآه قبل العقد لانه لم يرض به (وان اختلفا فى التغير) فقال المشترى قد تغير وقال البايع لم يتغير (فالقول للبايع) مع يمينه و على المشترى البينة لان سبب لزوم العقد وهو الرؤية السابقة ظاهر والتغير حادث والقول لمن يتمسك بالظاهر هذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لايتغير فى مثل تلك المدة فان بعدت بان رأى امة شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البايع انها لم تتغير فالقول للمشترى لان الظاهر شاهد له (او) اختلفا (فى الرؤية فللمشترى) اى القول له مع يمينه لانه ينكر امرا حادثا وهو الرؤية (شرى عدل ثوب وقبض فباع ثوبا منه اووهب وسلم لم يرده) اى العدل (بخيار رؤية اوشرط بل بعيب) لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفى رد مابقى تفريق الصفقة قبل تمامها لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر واما خيار العيب فلايمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه لوكان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فان عاد الثوب الذى باعه المشترى اليه بسبب هو فسخ بان رد المشترى الثانى اليه بالعيب بالقضاء اورجع الاول فى الهبة فهو اى مشترى العدل على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع

من الاصل وهو لزوم تفريق الصفقة و عن ابى يوسف ان خيار الرؤية لايعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى (ويبطله) اى خيار الرؤية (مبطل خيار الشرط) وقدم ذكره (مطلقا) اى سواء كان قبل الرؤية او بعدها (و) يبطله (ما لايوجب حق الغير) كالبيع بالخيار والمساومة والهبة بلاتسليم (بعد الرؤية) لاقبلها لان هذه التصرفات لاتزيد على صريح الرضاء وهو انما يبطله بعد الرؤية واما التصرفات الاول فهى اقوى لان بعضها لايقبل الفسخ و بعضها اوجب حق الغير فلايمكن ابطاله (وكذا طلب الشفعة بما لم يره) اى يبطله بعد الرؤية لاقبلها

❊) باب خيار العيب (❊

مشتر وجد بمشتراه ما ينقص ثمنه عند التجار) وهو العيب المعتبر شرعا والمراد به عيب كان عند البايع ولم يره المشترى حين البيع ولا عند القبض لانه رضا (اخذه بكل الثمن اورده) لان مطلق البيع يقتضى سلامة المبيع فاذا فاتت خير لئلا يتضرر بلزوم مالايرضى به (لاغير) لاامساكه واخذ نقصانه لان الاوصاف لايقابلها شئ من الثمن الا اذا كان مقصودا بالتناول كما مر وسيأتى (كالاباق) والى مادون مدة السفر (والبول فى الفراش والسرقة) كلها تختلف بالصغر والكبر) فان شيئا من هذه الاشياء اذا وجد من صغير غير مميز لايكون عيبا وان كان مميزا فيكون عيبا و يزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ كان عيبا حادثا فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فاذا حصل عند البايع فى الصغر وعند المشترى فى الكبر لايرده المشترى على البايع بناء على انه عيب قديم (وكالجنون وهو لايختلف بهما) اى بالصغر والكبر يعنى اذا حصل فى يد البايع فى الصغر وعاد فى يد المشترى فى الكبر يكون عيبا واحدا يرده على البايع لانه لفساد فى الباطن لان العقل معدنه القلب وشعاعه فى الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لايختلف باختلاف السبب (وكالبخر) نتن رايحة الفم (والذفر) بالذال المعجمة وتحريك الفاء نتن رايحة الابط (والزنا والتولد منه) اى من الزنا (فيها) اى فى الامة متعلق بالعيوب الاربعة يعنى انها عيب فيها لان المقصود قد يكون الاستفراش وهى مخلة به (دون الغلام) فانها ليست بعيب فيه اذ المقصود منه الاستخدام وهى لاتخل به (الا ان يفحش الاولان) فيه بحيث لايكون فى الناس مثله الا نادرا فانه يكون لداء فى البدن وهو ينقص الثمن (ويكون الزنا عادة له) لان اتباعهن مخل

بالخدمة (والكفر) اى وكالكفر (فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه فى بعض الكفارات فيختل الرغبة ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لايرده لانه زوال العيب (والسعال القديم) لانه مرض ينقص الثمن (والدين) لان ماليته تكون مشغولة لحق الغرماء (والشعر والماء فى العين) لانهما يضعفان البصر (وارتفاع حيض بنت سبع عشرة والاستحاضة) لان كلا منهما لداء فى الباطن (فلوحدث) متعلق بقوله مشتر وجد بمشتراه اى بعدما ظهر العيب القديم لوحدث عيب (آخر عند المشترى رجع) اى المشترى (بنقصانه) اى نقصان العيب بان يقوم و به عيب و يقوم ولاعيب به فان كان تفاوت مابين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن (اورده) على البايع (برضى البايع الا لمانع) من رد المشترى واخذ البايع (كثوب شراه فقطعه فظهر عيبه وجاز لبايعه اخذه كذلك) اى مقطوعا (فلا يرجع مشتريه ان باعه) اذ للبايع ان يقول انا آخذه معيبا فالمشترى ببيعه يكون حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان (وامة وطئها) عطف على كثوب شراه اى كامة شراها ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها (بكرا كانت اوثيبا اوقبلها بشهوة اولمسها بها) اى بشهوة (فوجدبها عيبا) حيث يرجع بالنقصان ولايردها الابرضى البايع اذله ان يقول انا آخذها مع ذلك العيب اذ ليس ههنا مانع من الاخذ كما كان فيما سيأتى ثم بين المانع من الرد برضى البايع بقوله (فان خاط) اى المشترى (المقطوع اوصبغه بغير سواد) قيد به لتكون الزيادة فى المبيع اتفاقيا فانه لوصبغه اسود فكذا الجواب عندهما فان السواد عندهما زيادة كالحمرة والصفرة وعنده السواد نقصان (اولت السويق بسمن) وبالجملة خلط المشترى ملكه بملك البايع (فظهر عيبه) القديم (لا يأخذه) اى البايع (ويرجع به) اى يرجع المشترى بنقصان العيب ولايقول البايع انا آخذه معيبا لاختلاط ملك المشترى بالمبيع وهو الخيط والصبغ والسمن وفى العمادية ان الرد ممتنع من جهة الشريعة لان المشترى يرده والبايع يقبله الا ان الشريعة تمنعه عن الرد والفسخ لحصول الربوا (كما لو باعه) اى المشترى الثوب المخيط ونحوه (بعد رؤية عيبه اومات العبد اواعتقه قبلها) اى قبل رؤيته عيبه (مجانا اودبره اواستولدها) فانه يرجع بالنقصان فى هذه الصور امافى البيع بعد الرؤية فلان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلايكون المشترى بالبيع حابسا

للمبيع حتى لوكان البيع قبل الخياطة كان حابسا واما فى الموت فلان الملك ينتهى به وامتناع الرد يثبت حكما للموت لابفعله فلايمتنع الرجوع واما فى الاعتاق فالقياس فيه ان لايرجع بالنقصان وهوقول الشافعى لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع لان الاعتاق انهاء للملك اى اتمام له بخلاف البيع قبل الخياطة فانه قاطع لملك البايع الى غيره لا منه للملك فى العبد ولهذا ملكه المشترى فصار البايع كالمستبق لملكه فلم يرجع بالنقصان وانما قلنا ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك فى الآدمى ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشئ ينتهى بمضى مدته والمنتهى متقرر فى نفسه ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من اثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك فالاعتاق لايكون كالقتل بل كالموت واما فى التدبير والاستيلاد فانهما لايزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشرى حقيقة اوحكما فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لوتعيب عنده (وان اعتق على مال اوكاتب اوقتل اواكل كل الطعام او بعضه اولبس الثوب فتخرق لم يرجع) اما فى الاعتاق على مال فلانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابى حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض واما الكتابة فلانها كالاعتاق على مال لحصول العوض فيها وان عجز المكاتب ينبغى ان يرده بالعيب لزوال المانع وهذا كما قالوا اذا ابق العبد المبيع ثم ظهر عيبه لايرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلايصار الى الخلف مادام حيا لان رجوعه محتمل فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع واما فى القتل وما بعده فالاصل فيه ان امتناع الرد اذا كان بفعل مضمون من المشترى لايرجع بشئ لانه اذا كان مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان ان لايكون ممسكا له واذا امتنع الرد لابفعل منه بان هلك او بفعل غير مضمون منه يرجع لانتفاء امساكه ثم القتل فعل مضمون اذلو باشره فى ملك الغير يضمن وانما برأ عن الضمان هنا بملكه فيه فيجعل سقوط الضمان عنه بسبب الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا واما الاكل واللبس فعلى الخلاف لايرجع عند ابى ح وعندهما يرجع لانه صنع فى المبيع ما يعتاد فعله فيه ويشترى لاجله فلايمنع من الرجوع كالاعتاق ولانه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فلايرجع كالاحراق والقتل (شرى نحو بيض و بطيخ ووجده فاسدا ينتفع به) فى الجملة ولو بالنظر الى الدواب (فله نقصانه) اى لايرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بالنقصان دفعا للضرر بقدر الامكان (والا

اى وان لم ينتفع به اصلا (فبكل الثمن) اى فللمشترى كل الثمن لانه لبس
بمال فالبيع باطل ولا يعتبر فى الجوز صلاح قشره كما قيل لان ماليته باعتبار اللب
(باع مشريه ورد عليه بعيب بقضاء) متعلق بقوله رد بعد ما تعلق به قوله
بعيب (رد على بايعه) يعنى باع عبدا فباعه المشترى ثم رد عليه بعيب فاما ان قبل
بقضاء القاضى اولا فان كان الاول فاما ان يكون باقرار بمعنى ان المشترى
الثانى ادعى على البايع الثانى اقراره بالعيب والبايع انكر فاثبته المشترى بالبينة
وانما احتيج الى هذا التأويل لانه اذا اقر باقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء
بل يرد عليه باقراره بالعيب فلا يكون له ان يرده على بايعه لانه اقالة واما ان يكون
ببينة او بنكول وفى كل منهما له ان يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل
البيع الثانى كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب غاية الامر
انه انكر قيام العيب فلزم التناقض لكنه صار مكذبا شرعا بقضاء القاضى
فارتفع التناقض وصار كمن اشترى شيئا واقر ان البايع باع ملك نفسه ثم ظهر
المستحق لا يبطل حقه فى الرجوع على البايع بالثمن وان كان الثانى وهو ان يكون
الرد (برضى) من المشترى (لا) اى لبس له الرد على بايعه لانه اقالة
وهو بيع جديد فى حق ثالث والبايع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشترى
الثانى على الاول بعد القبض اما اذا رد قبله فلا فرق بينهما سواء
كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ
من الاصل فى حق الكل فصار كالرد بخيار الرؤية او بخيار الشرط ثم اذا
رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة لبس له ان يخاصم
البايع الاول هو الصحيح (قبض مشريه وادعى عيبا لم يجبر) المشترى بعد دعوى
العيب (على دفع ثمنه) اذ لو دفعه فلعل العيب يظهر فينتقض القضاء
فلا يقضى به صونا لقضائه عن الانتقاض بل يبرهن على ثبوت العيب فيرد المبيع
ان امكن والا يرجع بالنقصان كما مر (او يحلف) اى المشترى البايع على عدم
العيب ان لم يكن له شاهد ويدفع الثمن (وان كان) له شاهد لكن (غاب شهوده
دفعه ايضا الثمن ان حلف بايعه) لان فى الانتظار ضررا بالبايع ولبس
فى الدفع كثير ضرر بالمشترى لانه متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ ثمنه
(ولزم عيبه ان نكل) لانه حجة فى الزام العيب قد وقعت العبارة فى الهداية
هكذا ان اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف
البايع او يقيم المشترى بينة وقد تكلفوا فى توجيهها ما تكلفوا والحق انها

من قبيل اللف والنشر التقديرى تقديره لم يجبر المشترى على دفع الثمن ولا يكون
للمشترى حق الرد على البايع حتى يحلف البايع او يقيم المشترى بينة وهذه
فائدة افادها صاحب كشف الكشاف فى تحقيق قوله تعالى * يوم يأتى بعض
آيات ربك لا ينفع نفسا ايمانها لم تكن آمنت من قبل او كسبت فى ايمانها خيرا *
انه من قبيل اللف والنشر التقديرى والمعنى لا ينفع نفسا ايمانها ولا عملها لم تكن
آمنت من قبل او كسبت فى ايمانها خيرا (ادعى اباقا) يعنى اشترى عبدا فادعى
انه ابق واراد تحليف البايع على انه لم يأبق (عنده) اى المدعى (لم يحلف البايع
حتى يثبت) المدعى (انه ابق عنده) اى عند نفسه لان القول وان كان قول
البايع لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشترى ومعرفته تكون
بالبينة (ثم) اذا اثبته (حلف) اى البايع على البتات مع انه فعل الغير قال شمس
الائمة الحلوانى التحليف على فعل الغير يكون على العلم مطردا فى جميع
المسائل الا فى دعوى الاباق حيث يحلف على البتات لان البايع يدعى تسليم
المبيع سليما فالاستحلاف يرجع الى ما ضمن بنفسه ويقال فى التحليف (بالله
ما ابق قط او ماله حق الرد عليك من دعواه هذه او لقد سلمه وما به هذا العيب لا)
بالله (ما ابق عندك قط) فان هذه العبارة وان وقعت فى الكتب لكن قال
المتأخرون فيه ترك النظر للمشترى لانه يحتمل انه باعه وقد كان ابق عند
غيره وبه يرد عليه وفيه ذهول عنه (ولا) بالله (لقد باعه وما به هذا العيب) لان
فيه ترك النظر للمشترى ايضا لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو
موجب للرد (ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) لانه يوهم تعلقه
بالشرطين فيتأوله فى اليمين عند قيامه فى احدى الحالتين وهى حالة التسليم
(واذا لم يثبته) متعلق بقوله حتى يثبت يعنى اذا لم يثبت انه ابق عند نفسه (يحلف
بايعه عندهما انه) اى البايع (لا يعلم انه) اى العبد (ابق عنده) لان الدعوى
صحيحة حتى يترتب عليها البينة فكذا اليمين (واختلفوا على قول الامام) وله
على ما قال البعض ان الدعوى لا تصح الا من خصم ولا يصير خصما الا
بعد قيام العيب (واذا نكل) عن اليمين (فعندهما يحلف ثانيا) لطلب المشترى
الرد عليه فان بنكوله يثبت العيب عند المشترى فاذا اراد الرد على البايع بهذا
العيب يحلف البايع على البتات كما تقدم من قوله بالله ماله حق الرد عليك فان
حلف لا يرد وان نكل يرد عليه ثم الدعوى ان كانت فى اباق الكبير يحلف بالله
ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق فى الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

كذا فى الهداية اقول ينبغى ان يكون الحكم فى البول فى الفراش والسرقة ايضا كذلك لاشتراكهما فى العلة واليه اشار فى غاية البيان بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط فى العيوب الثلثة (اختلفا) اى البايع والمشترى (بعد التقابض فى قدر المبيع) يعنى اشترى عبدا وتقابضا فوجد به عيبا فقال البايع بعتك هذا وآخر معه وقال المشترى بعتنيه وحده فائدة دعوى البايع جر نفع تخصيص الثمن على تقدير الرد ولهذا قال وتقابضا (او المقبوض) بان اشترى عبدين فقال البايع قبضتهما وقال المشترى ماقبضت الا احدهما (فالقول) فى الصورتين (للمشترى) لانه قابض والقول للقابض كما فى الغصب (اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد به او بالآخر عيبا اخذهما او ردهما ولو قبضهما رد المعيب فقط) لان تمام الصفقة بالقبض وقبل القبض لايجوز تفريقها لانه يكون بيعا بالحصة ابتداء وهو لايجوز و بعد القبض يجوز لانه يكون بيعا بالحصة بقاء وهو جائز كما تقرر فى كتب الاصول (قبض كيليا او وزنيا ووجد ببعضه عيبا رد كله او اخذ) لان المكيل والموزون ان كان من جنس واحد كان كشئ واحد قيل هذا اذا كان فى وعاء واحد وان كان فى وعائين كان بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى فيه العيب لا الآخر (ولو استحق بعضه) اى بعض المكيل او الموزون لم يخير بعد القبض فى رد مابقى اذ لايضره التبعيض والاستحقاق لايمنع تمام الصفقة لان تمامها برضى العاقد لا المالك واما اذا كان قبل القبض فله ان يرد الباقى لتفرق الصفقة قبل التمام (وفى الثوب خير) لان التبعيض فيه عيب وقد كان وقت البيع وظهر بالاستحقاق (اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها او قبلها او مسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا) اى سواء كانت بكرا او ثيبا نقصها الوطئ اولا لان كلا منها عيب حادث (ويرجع بالنقصان) لامتناع الرد (الا اذا رضى البايع باخذها) لان الامتناع كان لحقه فاذا رضى زال الامتناع (الحادث) من العيب (اذا زال فالقديم يوجب الرد) يعنى اذا اشترى شيئا فحدث فيه عيب ثم اطلع على عيبه القديم لم يرده لان حدوث العيب عنده مانع من الرد واذا زال جاز الرد لعود الممنوع بزوال المانع (ظهر عيب مبيع الغائب عند القاضى فوضعه عند عدل فهلك كان) اى الهلاك (على المشترى الا اذا قضى بالرد على البايع) يعنى اشترى جارية من رجل وغاب البايع فاطلع المشترى على عيب الجارية فرفع الامر الى القاضى واثبت عنده الشراء والعيب فاخذها

القاضى

القاضى ووضعها على يد عدل فماتت فى يده وحضر البايع ليس للمشترى ان يسترد الثمن لان الرد على البايع لم يثبت لمكان غيبته فكان الهلاك على المشترى قال فى الخلاصة قلت ينبغى ان يكون هذا فيما اذا لم يقض القاضى بالرد على البايع بل اخذها منه ووضعها عند عدل اما اذا قضى على البايع بالرد فينبغى ان يهلك من مال البايع ويسترد المشترى الثمن لان اقصى مافى الباب ان هذا قضاء على الغائب من غير خصم ولكنه ينفذ فى اظهر الروايتين عن اصحابنا (مداواة المعيب وعرضه على البيع ولبسه واستخدامه وركوبه فى حاجته رضاء) لان كلا منها دليل الاستبقاء (ولو) كان ركوبه (للرد لا) اى لايكون رضا لانه وسيلة الى الرد (كالسقى وشراء العلف عن ضرورة) فانهما اذا كانا عن ضرورة بان لاتنساق ولاتنقاد او يكون العلف فى عدل واحد لايكونان رضا واذا عدم الضرورة كانا رضا (قطع المقبوض) اى قطع يد المبيع المقبوض (او قتل بسبب كان عند البايع رد المقطوع) لبقاء عينه (واخذ ثمنيهما) اى ثمنى المقطوع والمقتول يعنى اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشترى له ان يرده ويأخذ ثمنه وقالا لايرده بل يرجع بما بين قيمته سارقا وغير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل فى يد المشترى بسبب وجد فى يد البايع وهو بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود فى يد البايع سبب القطع والقتل وهو لاينافى المالية فينفذ العقد فيه لكنه تعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب حصل فى يد البايع والوجوب يفضى الى الوجود فيضاف الوجود الى السبب السابق قوله ولم يعلم به المشترى يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضاء به ولايفيد على قوله فى الصحيح لان العلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع كما سيأتى فى مباحث الاستحقاق (باع بشرط البراءة من كل عيب) ولم يسم العيوب بعددها (صح) وقال الشافعى لايصح بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لايصح لان فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لايصح ولنا ان الجهالة فى الاسقاط لاتفضى الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلاتكون مفسدة (ويدخل فيه) اى فى هذا الابراء العيب (الموجود) حال العقد (والحادث) بعد العقد (قبل القبض) عند ابى يوسف وقال محمد لايدخل فيه الحادث بعد العقد وهو قول زفر (قال مشترى العبد) لمن ساومه

اشتره فلاعيب به) صورته اشترى زيد من بكر غلاما فاراد ان يبيعه من بشر فقال لبشر حين المساومة اشتره فلاعيب به (ولم يبع) الغلام من بشر (فوجد) زيد به (عيبا) كان ينبغي ان لايجوز رده على البايع لاقراره بعدم العيب لكنه (يرده على بايعه ولايبطله) اى الرد (الاقرار السابق بعدم) العيب لانه مجاز عن الترويج لظهور انه لايخلوا عن عيب ما فتيقن القاضى بان ظاهره غير مراده (ولوعينه) اى العيب بان قال لاعور به اولاشلل (لا) اى لايرده لاحاطة العلم به الاان لايحدث مثله بان قال لبس به اصبع زائدة ثم وجد به اصبعا زائدة له ان يرد لتيقننا بكذبه فى الاقرار كقوله لغيره قطعت يدك ويده صحيحة

(قال) بايع عبد(لآخر عبدى هذا آبق فاشتره منى فاشتراه وباع من آخر فوجده المشترى الثانى آبقا لايرد بما سبق من اقرار) البايع (الاول مالم يبرهن انه ابق عنده)اى عند البايع الاول المقر لان الموجود من البايع الثانى السكوت عند اقرار البايع الاول واقراره ليس بحجة على المشترى الاول وهو البايع الثانى (مشتر) لعبد اوامة (قال اعتق البايع) العبد (او دبره اوولد الامة اوهو حر الاصل وانكر البايع وحلف) لعجز المدعى عن الاثبات (قضى عليه) اى على المشترى (بالعتق والتدبير والاستيلاد) لاقراره بما ذكر (ورجع بالعيب ان علم به) لان المبطل للرجوع ازالته عن ملكه الى غيره بانشائه اواقراره ولم يوجد حتى لوقال باعه وهو ملك فلان وصدقه فلان واخذه لايرجع بالنقصان لانه اخرجه عن ملكه فى الظاهر باقراره كانه وهبه كذا فى الجامع الكبير (باع الامام اوامينه غنيمة محرزة) حتى اولم تكن محرزة لم يجز بيعها لانها لم تملك كما مر فى كتاب السير (ووجد المشترى فى المبيع (عيبا لايرده عليهما) اى الامام وامينه لان الامين لاينتصب خصما (بل الامام ينصب له خصما ولايحلفه)لان فائدة الحلف النكول ولايصح نكوله واقراره (فاذا اثبت عليه العيب ورد يباع ويدفع الثمن اليه والنقص اوالفضل يرجع الى محله) اى ان نقص الثمن الآخر عن الاول ان كان المبيع من اربعة الاخماس يعطى منها وان كان من الخمس يعطى وكذا الزيادة توضع فيما كان المبيع منه لان الغرم بالغنم

*) باب البيع الفاسد (*

لقب الباب به وان كان فيه الباطل والموقوف والمكروه ايضا لكثرة وقوعه وتعدد اسبابه والباطل مالا يصح اصلا ووصفا ولايفيد الملك بوجه حتى

لو اشترى عبدا بميتة وقبضه واعتق لا يعتق والفاسد ما يصح اصلا لاوصفا ويفيد الملك عند اتصال القبض به حتى لو اشترى عبدا بخمر وقبضه فاعتقه يعتق والموقوف ما يصح باصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولايفيد تمامه لتعلق حق الغير والمكروه ما يصح باصله ووصفه لكن جاوره شئ منهى عنه كالبيع عند اذان الجمعة اذا تقرر هذا فاعلم انه (بطل بيع ماليس بمال والبيع به) اى جعله ثمنا بادخال الباء عليه (كالدم والريح والحر والميتة) بسكون الياء الميتة بتشديد الياء اى الميتة التى ماتت حتف انفها فان الميتة التى لم تمت حتف انفها مثل الموقوذة مال عند اهل الذمة كالخمر والخنزير كما سيأتى (والمعدوم ومنه حق التعلى) فانه معدوم محض (و) منه ايضا (المضامين) جمع مضمونة وهى ما فى اصلاب الفحول من الماء (والملاقيح) جمع ملقوحة وهى ما فى البطن من الجنين ويجب ان يحمل ههنا على ما سيكون والا كان حملا وسيأتى ان بيع الحمل فاسد لاباطل (والنتاج) بكسر النون من نتجت الدابة على البناء للمفعول وهو حبل الحبلة (و) بيع (امة تبين انه) ذكر الضمير لتذكير الخبر (عبد وعكسه) وهو بيع عبد تبين انه امة فان الامة ليست بعبد وكذا العكس فيكون بيع معدوم وانما لم تكن هذه الاشياء مالا لان المال موجود يميل اليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع وهذه الاشياء ليست كذلك لان صفة المالية للشئ تثبت بتمول كل الناس او بعضهم اياه والتقوم انما يثبت باباحة الانتفاع به شرعا وقد ثبت صفة التقوم بلا صفة المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لايصح بيعها وان ابيح الانتفاع بها لعدم تمول الناس اياها كذا فى الكافى (ومتروك التسمية عامدا) فان قيل ينبغى ان يجوز العقد فيما ضم اليه لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعى فيه كالمدبر فينفذ فيه البيع بقضاء القاضى قلنا حرمته منصوص عليها ولامساغ للاجتهاد فى مورد النص فلايعتبر خلافه ولاينفذ بالقضاء كذا فى الكافى (ومافى حكمه) اى حكم ماليس بمال عطف على ماليس بمال (كام الولد والمكاتب والمدبر) فان بيع هؤلاء ايضا باطل لكن ليس كبطلان بيع الحر فانه باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع اصلا لثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها ولهذا اجاز بيعهم من انفسهم فبطل ماقيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر ولزم بطلان بيع القن المضموم اليهم فى البيع كالمضموم الى الحر وذلك لانهم دخلوا فى البيع ابتداء لكونهم

محلاله فى الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقى القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز كما مر بخلاف الحر فانه (لما لم يدخل) فى البيع لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل كما مر وسيأتى و بيع مال عطف على بيع ماليس بمال (غير متقوم كالخمر والخنزير وميتة لم تمت حتف انفها) قيدها به لتكون ما لا كالخمر والخنزير حتى لو ماتت حتف انفها لاتكون مالا عند اهل الذمة ايضا (بالثمن) اى الدراهم والدنانير والفلوس النافقة متعلق بقوله وبيع مال وانما بطل بيعها بالثمن لانه لايفيد الحكم فى طرف المبيع فان المبيع هو الاصل فى البيع لتوقف البيع على وجوده بخلاف الثمن والاصل ليس محلا للتملك فكذا التبع لان ثبوته فى الذمة انما يكون حكما لتملكه بمقابلة تملك مال آخر فاذا لم يوجد ذلك لايثبت فى الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم وان قوبلت بعين فسد البيع حتى يملك مايقابلها وان لم يملك عين الخمر والخنزير كما سيأتى (و) يبطل ايضا (بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة ماتت حتف انفها) قيدت به لتكون كالحر وانما بطل بيع القن والذكية وان سمى ثمن كل لان الحر غير داخل فى البيع اصلا لكونه غير مال و بضمه الى القن جعل شرطا لقبول القن وجعل غير المال شرطا لقبول المبيع مبطل للبيع (وصح بيع قن ضم الى مدبر اوقن غيره وملك ضم الى وقف) لانها محل البيع عند البعض فبطلانها لايسرى الى غيرها (وبيع لامجيز له حال العقد كبيع الصغير اووصيه ماله بغبن فاحش) قال فى العمادية فان كان بيعهم واجاراتهم يعنى الاب والجد ووصيهما والقاضى بمثل القيمة اوباقل بقدر مايتغابن الناس فى مثله جاز وان كان بقدر ما لايتغابن الناس فيه لايجوز ولايتوقف على الاجازة بعد الادراك لان هذا عقد لامجيز له حال العقد (وبيع نفى فيه الثمن) فانه اذا نفى فقد نفى الركن فلم يكن بيعا وقيل ينعقد لان نفيه لم يصح لانه نفى العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عنه ينعقد البيع و يثبت الملك بالقبض كما سيأتى (وحكمه) اى حكم البيع الباطل (ان المبيع به لايملك) اى لاتكون ملكا للمشترى لان الباطل لايترتب عليه الحكم بخلاف الفاسد كما مر (فان هلك) المبيع (عند المشترى لم يضمن) لان المقبوض امانة عنده لان العقد اذا بطل بقى مجرد القبض باذن المالك وهو لايوجب الضمان الا بالتعدى وقيل يكون مضمونا لانه

يصير كالمقبوض على سوم الشراء وهو ان يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيت به اشتريته بما ذكر اما اذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده لايضمن نص عليه الفقيه ابو الليث قيل وعليه الفتوى كذا فى العناية ثم لما فرغ عن بيان البيع الباطل شرع فى بيان الفاسد فقال (وفسد ما) اى بيع (سكت) اى وقع السكوت (فيه عن الثمن) فان البيع لايبطل به بل ينعقد و يثبت الملك بالقبض لان مطلق البيع يقتضى المعاوضة فاذا سكت كان غرضه القيمة فكانه باع بقيمته فيفسد ولايبطل (و) فسد ايضا (بيع عرض بالخمر وعكسه) لان مشترى العرض انما يقصد تملك العرض بالخمر وفيه اعزاز للعرض لا الخمر فبقى ذكر الخمر معتبرا فى تملك العرض لا فى حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة العرض لا الخمر وكذا اذا باع الخمر بالعرض بان ادخل الباء فى العرض اذ يعتبر شراء العرض لا الخمر لكونه مقايضة (و) فسد ايضا (بيعه) اى العرض (بام الولد والمكاتب والمدبر حتى لو تقابضا ملك مشترى العرض العرض) لانهم يدخلون فى العقد حتى لايبطل العقد فيما ضم الى واحد منهم و بيع معه ولو كانوا كالحر لبطل (و) فسد بيع (سمك لم يصد) لانه بيع ما لا يملكه (اوصيد والقى فيما) اى حظيرة (لايؤخذ منه الا بحيلة) لانه غير مقدور التسليم (وان اخذ بدونها صح) لانه مقدور التسليم (الا اذا دخل فى الحظيرة) (بنفسه ولم يسد مدخله) لعدم الملك (و) فسد ايضا بيع (طير فى الهواء) لانه قبل الاخذ غير مملوك فيكون الفساد بمعنى البطلان و بعده غير مقدور التسليم وانما قال (لايرجع) لما قال الزيلعى اذا كان الطير يطير فى الهواء ولايرجع لم يجز بيعه واما اذا كان له وكر عنده يطير منه فى الهواء ثم يرجع اليه جاز بيعه والحمام اذا علم عودها وامكن تسليمها جاز بيعها لانها مال مقدور التسليم (و) فسد ايضا بيع (الحمل) جعل بيع النتاج باطلا و بيع الحمل فاسدا لان عدم الاول مقطوع به وعدم الثانى مشكوك فيه (و) فسد ايضا بيع (امة الا حملها) لما تقرر ان ما لايصح افراده بالعقد لايصح استثناؤه من العقد و الحمل كذلك لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله بها خلقة و بيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يفسد به (و) فسد ايضا بيع (لبن فى ضرع للغرر) لاحتمال كونه انتفاخا (ولؤلؤ فى صدف) للغرر (وصوف على ظهر الغنم) لان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عنه (وجذع فى سقف وذراع من ثوب

اذا باع جذعا فى سقف اوذراعا من ثوب يعنى ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لايجوز ذكر القطع اولا اذ لايمكنه التسليم الابضرر لم يوجبه العقد ومثله لايكون لازما فيتمكن من الرجوع و يتحقق المنازعة بخلاف مالا يضره التبعيض كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء المانع وبهذا التقدير يندفع مايقال ان هذا الضرر مرضى به فينبغى ان لايكون مفسدا ولولم يكن الجذع معينا لايجوز للزوم الضرر والجهالة ايضا ولوقطع البايع الذراع اوقلع الجذع قبل ان يفسخ المشترى عاد البيع صحيحا لزوال المفسد قبل التقرر (وضربة القانص) وهومايخرج من الماء بضرب الشبكة مرة لانه مجهول (والمزابنة وهو بيع الثمر بالثاء المنقوطة بالثلاث على النخيل بتمر بالتاء المنقوطة بثنتين مجذوذ مثل كيله حرصا للنهى عنه ولشبهه الربوا (والملامسة والمنابذة و القاء الحجر) فانها بيوع كانت فى الجاهلية بان يتساوم الرجلان على سلعة فاذالمسها المشترى اونبذها اليه البايع او وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع فالاول الملامسة والثانى المنابذة والثالث القاءالحجر وقدنهى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم عن الاولين والحق بهما الثالث بدلالة النص (و) فسدايضا بيع (الكلأ) بالقصر وهومايحويه الارض من النبات (كذا) اى يفسد ايضا (اجارته) اما فساد بيعه فلانه ورد على ماليس بمملوك للبايع اذبمجرد نبات الكلأ فى ارضه لاينقطع شركة الناس عنه ولايصير مملوكاله فيبقى على اصل الاباحة مالم يوجدالاحراز قال صلى الله تعالى عليه وسلم * الناس شركاء فى الثلث فى الماء والكلأ والنار * واما فساداجارته فلورودها على استهلاك العين ومحل الاجارة المنافع دون الاعيان ولايلزم الصبغ واللبن فى استيجار الصباغ والظئر لان العين ثمه آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة والحيلة فيه ان يستأجر موضعا من الارض ليضرب فيه فسطاطا اوليجعلها حظيرة لغنمه فيصح الاجارة و يبيح صاحب المرعى الانتفاع له بالرعى فيحصل مقصودهما كذا فى الكافى (والنحل) فان بيعه فاسد عندابى حنيفة وابى يوسف وصحيح عندمحمد اذاكان محرزا لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا وان كان لايؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلايجوز بيعه كالزنابير والانتفاع ليس به بل بمايخرج منه فلايكون منتفعا به قبل الخروج (الامع كوارات فيها العسل) فح يجوز بيعه تبعالها ذكره القدورى

فى شرحه وقال الكرخى لايجوز معها ايضا لان الشئ انمايدخل فى البيع تبعا لغيره اذاكان من حقوقه كالشرب والطريق كذافى الكافى (ودود القز وبيضه فان بيعهما لايجوز عندابى حنيفة وابى يوسف معه فى الدود ومع محمد فى بيضه وقيل فيه ايضا معه لابى حنيفة ان الدود من الهوام وبيضه لاينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضهما ولمحمد ان الدود ينتفع به وكذابيضه فى المأل فصار كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاطوه فمست الضرورة اليه كالاستصناع وبه يفتى كذا فى الكافى (والآبق) لنهى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم عن بيعه ولانه غيرمقدور التسليم (الاممن يزعم انه عنده) لان المنهى عنه بيع آبق مطلق وهوان يكون آبقا فى حق المعاقدين وهذا غيرآبق فى حق المشترى فلوقال هوعندفلان فبعه منى لم يجز لانه آبق فى حق المتعاقدين ولو باعه ثم عادمن الاباق لايتم العقد وقيل يتم (ولبن امرأة) حرة كانت اوامة لانه جزءالآدمى وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع وعن ابى يوسف انه يجوز بيع لبن الامة اذيجوزايراد العقدعلى نفسها فكذا اجزائها قلنا نفسها محل للرق لاختصاصه بمحل القوة التى هى ضده وهو الحى ولاحيوة فى اللبن (فى وعاء) قدحاكان اوغيره قيده به دفعا لماعسى يتوهم ان بيعه فى الضرع لايجوز كسائرالبان الحيوانات وفى الوعاء يجوز (وشعرالخنزير لانه نجس العين فلايجوز بيعه (وجازالانتفاع به للخرز) ونحوه للضرورة فان الاساكفة يحتاجون فى خرز النعال والاخفاف اليه لانه لايتأتى الابه ولاضرورة فى شرائه لوجوده مباح الاصل ولووقع فى الماءالقليل افسده عندابى يوسف وعندمحمد لا لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابى يوسف ان الاطلاق للضرورة فلاتظهر الافى حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (وشعر الانسا) لان الآدمى مكرم غيرمتبذل فلايجوزان يكون شئ من اجزائه مهانا متبذلا (كذا) اى كما لايجوز بيعه لايجوز (الانتفاع به) لما ذكر (وجلدالميتة قبل الدبغ) لانه غيرمنتفع به لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لاتنتفعوامن الميتة باهاب وهوغيرالمدبوغ منه (ويباع وينتفع به بعده) لانه طهر بالدباغ (كعظم الميتة وعصبها وصوفها ووبرها وقرنها) فان كلا منها يباع وينتفع به لكونه طاهرا باصل الخلقة لعدم حلول الحيوة فيها كمامر فى كتاب الطهارة (والفيل كالسبع) حتى يجوز بيع عظمه والانتفاع بعظمه وعندمحمد نجس العين (و) فسد ايضا بيع (زيت على ان يوزن

بظرفه و يطرح عنه بكل ظرف كذا رطلا بخلاف شرط طرح وزن الظرف) لان الشرط الاول لايقتضيه العقد والثانى يقتضيه وذلك لان مقتضى العقد ان يخرج عنه وزن الظرف فاذا طرح كذا رطلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل الا اذا عرف ان وزنه كذا رطلا فح يجوز لانه مقتضى العقد (اختلفا فى الزق) يعنى اشترى سمنا فى زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال (فالقول للمشترى) لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر فى تعيين الزق المقبوض او مقدار السمن فان كان الاول فالمشترى قابض والقول قول القابض ضمينا كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثانى فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن فيكون القول للمشترى لانه ينكر الزيادة والقول للمنكر مع يمينه (وشراء ماباع) عطف على قوله و بيع عرض اى فسد شراء ماباع (بالاقل) اى باقل مما باع (قبل النقد) اى نقد الثمن الاول صورته اشترى جارية بالف حالة او نسئة فقبضها ثم باعها من البايع بخمسمائة قبل نقد الثمن الاول فسد البيع الثانى وقال الشافعى يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البايع وغيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا ان الثمن لم يدخل فى ضمان البايع فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقى له خمسمائة وهو بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة (بخلاف ماضم اليه و بيع المجموع بالثمن الاول قبل نقده صورته اشترى جارية بخمس مائة ثم باعها واخرى معها من البايع بخمس مائة قبل نقد الثمن الاول فالبيع فاسد فى التى اشتراها من البايع وصحيح فى التى لم يشترها منه اذ لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها ولايشيع الفساد لانه باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرت فيما ضمت اليها كان اعتبار شبهة الشبهة وهى غير معتبرة (صح بيع الطريق حد) اى بين له طول وعرض (اولا) اى لم يحد اما الاول فظاهر واما الثانى فلانه اذا لم يبين يقدر بعرض باب الدار العظمى كذا فى النهاية وعلى التقديرين يكون عينا معلوما فيصح بيعه (وهبته) فى التاتارخانية الطرق ثلثة طريق الى الطريق الاعظم وطريق الى سكة غير نافذة وطريق خاص فى ملك انسان فالطريق الخاص فى ملك الانسان لايدخل فى البيع من غير ذكره اما نصا او بذكر الحقوق او المرافق والطريقان الاخران يدخلان فى البيع من غير ذكر (لابيع مسيل

الماء وهبته) لانه مجهول اذ لايدرى قدر ما يشغله من الماء (وصح بيع حق المرور تبعا للارض بالاجماع ووحده فى رواية) وهى رواية ابن سماعة وفى رواية الزيادات لايجوز وصححه الفقيه ابو الليث بانه حق من الحقوق و بيع الحقوق بالانفراد لايجوز (والشرب كذلك) اى صح بيعه تبعا للارض بالاجماع ووحده فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء ولم يجز فى اخرى وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة (لابيع حق التسييل وهبته) لانه ان كان على السطح كان حق التعلى وقد مر ان بيعه باطل وان كان على الارض كان مجهولا لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور على احدى الروايتين وحق التعلى ان حق التعلى يتعلق بعين لايبقى وهو البناء فاشبه المنافع وحق المرور يتعلق بعين تبقى وهى الارض فاشبه الاعيان (ولا) البيع (الى النيروز) معرب نوروز وهو اول يوم من الربيع (والمهرجان) وهو الخريف وانما لم يجز لان النيروز مختلف بين نيروز السلطان و نيروز الدهاقين ونيروز المجوس كذا فى الكفاية (و) الى (صوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرفاه) اى المتبايعان خصوص اليوم لجهالة الاجل فاذا عرفاه جاز (بخلاف فطر النصارى بعد ماشرعوا فى صومهم) لان مدته بالايام معلومة وهى خمسون يوما ذكره التمرتاشى (وقدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع (والدياس) وهو ان يوطأ الطعام بقوام الدواب اونحوها (والقطاف) قطع العنب (والجزاز) قطع ثمر النخل والصوف وانما لم يجز لانها تتقدم وتتأخر (و يكفل اليها) اى الى هذه الاوقات لان الجهالة اليسير متحملة فى الكفالة وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فى انه يمنع جواز البيع اولا (وصح) اى البيع (ان اسقط الاجل قبل حلوله) لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لان هذا تأجيل الدين والجهالة فى الديون متحملة (و بشرط) عطف على النيروز اى ولايصح البيع بشرط (لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما) اى احد العاقدين (اولمبيع يستحقه) اى النفع بان يكون ادميا وانما فسد البيع بهذا الشرط لانهما اذا قصدا المقابلة بين المبيع والثمن فقد خلا الشرط عن العوض وقد وجب بالبيع بالشرط فيه فكان زيادة مستحقة بعقد المعاوضة خالية عن العوض فيكون ربوا وكل عقد شرط فيه الربوا يكون فاسدا (كشرط ان يقطعه) اى المبيع وهو

ثوب (البائع ويخيطه قباء) فانه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما
(او) كشرط (ان يحذوه) اى المبيع وهو صرم (نعلا) يقال حذالى
نعلا اى عملها (او) كشرط (ان يشركها) اى النعل من التشريك
اى يضع عليها الشراك وهو سيرها الذى على ظهر القدم كذا فى المغرب
(وصح) البيع (فى النعل) استحسانا للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب
(او) كشرط (ان يستخدمه) اى المبيع وهو عبد هذا نظير شرط لايقتضيه
العقد وفيه نفع للبائع وانما قال (شهرا) لما مر ان الخيار اذا كان ثلثة ايام
جاز ان يشترط فيه الاستخدام (او يدبره او يكاتبه او يستولدها اولا يخرج
القن) عبدا كان اوامة (عن ملكه) هذا مثال لشرط لايقتضيه
العقد وفيه نفع للمبيع وهو يستحقه فان القن يعجبه ان لايتداوله الايدى
فبوجد زيادة خالية عن العوض فيفسد البيع وفرع على الاصل المذكور بقوله
(فصح) اى البيع (بشرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى اولا يقتضيه
العقد ولانفع فيه لاحد كشرط ان لايبيع الدابة المبيعة) فانها ليست باهل للنفع
(جاز امر المسلم ذميا ببيع خمر او خنزير وشرائهما او) امر (المحرم غيره) اى
غير المحرم (ببيع صيده) وقالا لايجوز لان الموكل لايليه بنفسه فلايوليه غيره
كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان مايثبت للوكيل ينتقل الى
الموكل فصار كانه باشره بنفسه وله ان المعتبر فى هذا الباب اهليتان اهلية
الوكيل وهى اهلية التصرف فى المأمور به وللنصرانى ذلك واهلية الموكل
وهى اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم
عن اللازم الايرى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصرانى
ومات عن خمر وخنزير وايضا العبد المأذون له النصرانى اذا اشترى خمرا يثبت
الملك فيها لمولاه المسلم اتفاقا واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام
لانه جالب لاسالب ثم الموكل به ان كان خمرا خلله وان كان خنزيرا سيبه وقد قالوا
هذه الوكالة مكروهة اشد الكراهة (وحكمه ان المشترى اذا قبض المبيع برضى
بايعه صريحا ودلالة) بان قبضه فى مجلس العقد بحضرته ولم ينهه (ملكه
وقال الشافعى لايملكه وان قبضه لانه حرام فلاينال به نعمة الملك ولان النهى
فسخ للمشروعية لتناف بينهما ولهذا لايفيده قبل القبض وصار كما اذا باع
بالميتة اوباع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله ووقع فى محله فوجب
القول بانعقاده ولاشك فى الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وهو حاصل

والنهى عن الافعال الشرعية يقتضى تقرر الشرعية لانه يقتضى تصور المنهى
عنه اذ النهى عما لايتصور لغو وتحقيقه ماذكرت فى مرقاة الاصول ان مدار الامر
والنهى المقدورية والنهى عن الافعال الحسية يقتضى كونها مقدورة
حسا وعن الامور العقلية يقتضى كونها مقدورة عقلا وعن الافعال الشرعية
يقتضى كونها مقدورة شرعا والاكان عبثا محضا فان الطيران من الامور الحسية
فاذا قلت لشخص لاتطر ينكره كل من يسمعه لانتفاء القدرة وكذا اذا
قلت للاعمى لاتبصر والبيع من الافعال الشرعية فاذا نهى عنه وجب ان يكون
مقدورا شرعا وهو المعنى بقول علمائنا النهى عن الفعل الشرعى يقتضى
المشروعية باصله وغير المشروعية بوصفه فان الاول ناظر الى المقدورية شرعا
والثانى الى النهى فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك انما الحرمة
لامر عارض وعدم ثبوت الملك قبل القبض حذار تقرير الفساد المجاور لانه
واجب الدفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى لان الدفع اسهل من
الرفع والميتة ليست بمال فانعدم الركن وان كان الخمر مثمنا فقد مر وجهه
(ولزمه) اى ان هلك المقبوض فى يد المشترى لزمه (مثله حقيقة) وهو
الذى يماثله صورة ومعنى ان كان الهالك مثليا (او) مثله (معنى) فقط
وهو القيمة ان كان الهالك قيميا لانه مضمون بالقبض كالغصب ويعتبر قيمته
يوم القبض وان زادت قيمته فى يده فاتلفه لانه دخل فى ضمانه بالقبض فلايعتبر
كالمغصوب كذا فى الكافى (و) يجب (على كل منهما) اى المتبايعين لم يقل
لكل منهما اشارة الى وجوب الفسخ واللام يفيد الجواز (فسخه قبل القبض)
دفعا للفساد (كذا بعده) اى بعد القبض (مادام) اى المبيع (فى يد المشترى)
لم يقل ان كان الفساد فى صلب العقد كبيع درهم بدرهمين ولمن له الشرط
ان كان بشرط زائد لما نقل صدر الشريعة عن الذخيرة وصاحب الخلاصة
عن التجريد انه قول محمد واما عندهما فلكل منهما حق الفسخ لان الفسخ
لحق الشرع لالحق احد المتعاقدين فانهما راضيان بالعقد (فان باعه)
اى باع المشترى شراء فاسدا ماقبضه (او وهبه وسلمه اواعتقه) نفذ بيعه
وهبته واعتاقه) لانه لما ملكه ملك التصرف فيه فلايتصور الفسخ فيه لتعلق
حق العبد بالتصرف الثانى وفسخ البيع الاول كان لحق الشرع وحق العبد
يقدم لحاجته (فعليه قيمته) لما مر انه مضمون بالقبض كالغصب والكتابة
والرهن كالبيع لانهما لازمان فيثبت عجزه عن رد العين فيلزمه القيمة الا ان

حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع قبل تحول الحق الى القيمة كذا فى الكافى (ولايشترط القضاء فى فسخ الفاسد) لان الواجب شرعا لايحتاج الى القضاء (ولايبطل حق الفسخ بموت احدهما) اى احد من البايع والمشترى وبه يفتى كذا فى الخلاصة وفيه زيادة تفصيل فمن اراده فلينظر ثمه (ولايأخذه البايع) اى لايأخذ المبيع بايعه بعد الفسخ (حتى يرد ثمنه) لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (فان مات) اى البايع (فالمشترى احق به) اى بما اشتراه (حتى يأخذ ثمنه) لانه يقدم عليه فى حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالمرتهن ثم ان كانت دراهم قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين فى البيع الفاسد فى الاصح وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لانها مثلية (طاب للبايع ماربح فى الثمن لا المشترى فى المبيع) صورته اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبايع ماربح فى الثمن قال فى الهداية والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث فى الربح والدراهم والدنانير لايتعينان فى العقود فلم يتعلق العقد الثانى بعينها فلم يتمكن الخبث فلايجب التصدق وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر فى الهداية فى المسئلة السابقة فيما اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين بالتعيين فى البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب فهذا يناقض ماقلتم من عدم تعيين الدراهم و الدنانير قلنا يمكن التوفيق بينهما بان لهذا العقد شبهين شبه الغصب وشبه البيع فاذا كانت قائمة اعتبر شبه الغصب سعيا فى رفع العقد الفاسد فاذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيئا يعتبر شبه البيع حتى لايسرى الفساد الى بدله لماذكرنا من شبهة الشبهة اقول لايخفى على المتأمل المنصف ان ماذكر لايفيد التوفيق بين كلامى الهداية وانما يفيد دليلا للمسئله لايرد عليه مايرد على الهداية فالوجه ماقال فى العناية انه انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهى انها لا تتعين لا على الاصح وهى مامر انها تتعين فى البيع الفاسد اعلم ان الخبث فى المال نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد فى الملك والمال ايضا نوعان مايتعين كالعروض ومالايتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك يعمل فى النوعين كالمودع والغاصب اذا تصرف فى العرض او النقد وربح يتصدق بالربح عند ابى حنيفة ومحمد لتعلق العقد بمال غيره ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث و فيما لايتعين يتمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث

تكون سلامة المبيع به اوتقدير الثمن فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث و اما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لافيما لايتعين لان فساد الملك دون عدم الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثمه شبهة ههنا فتعتبر وشبهته فيما لايتعين ثمه تنقلب شبهة الشبهة هنا فلاتعتبر (كما طاب ربح مال ادعاه فقضى ثم ظهر عدمه بالتصادق) صورته ادعى على رجل مالا فقضاه فربح فيه المدعى ثم تصادقا على ان هذا المال ليس على المدعى عليه فالربح طيب لان الخبث هنا لفساد الملك لان الدين وجب بالاقرار ثم استحق بالتصادق و بدل المستحق مملوك فلايعمل فيما لايتعين (بنى فى دار شراها فاسدا اوغرس فى ارض) شراها فاسدا (لزمه قيمتهما) اى قيمة الدار والارض وقالا ينقض البناء ويرد الدار وكذا الغرس لان حق الشفيع اضعف من حق البايع اذ يحتاج فيه الى القضاء اوالرضاء و يبطل بالتأخير ولايورث بخلاف حق البايع والاضعف اذا لم يبطل بشئ فالاقوى اولى ان لايبطل به وحق الشفيع لايبطل بالبناء والغرس فحق البايع كذلك وله ان البناء والغرس حصلا للمشترى بتسليط من جهة البايع فكل ماهو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشترى بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لووهبها المشترى لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالبيع الثانى بالثمن او بالاول بالقيمة وان لم يكن فى الفاسد شفعة لان حق البايع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق البايع لوجوده منه ثم لما فرغ عن بيان البيع الفاسد واحكامه شرع فى بيان البيع الموقوف واحكامه فقال (ووقف بيع مال الغير) على اجازته (و) بيع (العبد والصبى المحجورين) على اجازة مولاه وعلى اجازة الاب اوالوصى (و) بيع (ماله من فاسد عقل غير رشيد) على اجازة القاضى (وبيع المرهون والمستأجر وارض فى مزارعة الغير) على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع ولوتفاسخا الاجارة لزمه ان يسلمه الى المشترى وكذا لوقضى الراهن المال اوابرأه المرتهن وردالرهن عليه تم البيع (وبيع شئ برقمه) والبايع يعلم والمشترى لايعلم توقف ان علم المشترى فى مجلس البيع نفذ وان تفرقا قبل العلم بطل (و) بيع (المبيع من غير المشترى) يعنى باع شيئا من زيد ثم باعه من بكر لاينعقد الثانى حتى لوتفاسخا الاول لاينفذ الثانى لكن يتوقف على اجازة المشترى ان كان بعد القبض وان كان قبله فى المنقول

لا فى العقار فعلى الخلاف الذى سيأتى (و) بيع (المرتد) عند ابى حنيفة وقدم فى بابه (و) البيع (بما باع فلان) والبايع يعلم والمشترى لا يعلم ان علم فى المجلس صح والا بطل (والبيع بمثل ما يبيع الناس به او بمثل ما اخذ به فلان) ذكر فى شرح الشافى انه لا يجوز وفى نسخة الامام السرخسى هذا اذا لم يعلم المشترى بذلك فان علم فى المجلس فعن ابى حنيفة فيه روايتان وبيع الشئ بقيمته لم يجز للجهالة ولو عينت فى المجلس جاز (وبيع فيه خيار المجلس) وقدم فى اول البيوع (و بيع الغاصب) فانه موقوف على اجازة المالك ان اقر به الغاصب تم البيع وان جحد وللمغصوب منه بينة فكذلك وان لم تكن ولم يسلمه حتى هلك ينتقض البيع (وحكمه) اى حكم البيع الموقوف (انه انما يقبل الاجازة اذا كان البايع والمشترى والمبيع قائما) المراد بكون المبيع قائما ان لا يكون متغيرا بحيث يعد شيئا اخر فانه لو باع ثوب غيره بغير امره فصبغه المشترى فاجاز رب الثوب البيع جاز ولو قطعه وخاطه ثم اجاز البيع لا يجوز لانه صار شيئا اخر (كذا الثمن لو كان عرضا) اى كما يشترط قيام المبيع يشترط قيام الثمن ايضا اذا كان عرضا (وصاحب المتاع ايضا) اى كما يشترط قيام المبيع والثمن المذكورين يشترط قيام صاحب المتاع المبيع حتى لو باع متاع غيره فمات صاحب المتاع قبل ان يجيز المبيع فاجاز وارثه لا يجوز (و) حكمه ايضا (ان اخذ الثمن) اى اخذ المالك الثمن (او طلبه) من المشترى (ليس باجازة) للبيع الموقوف (و اختلف فى احسنت) فقيل اجازة وقيل لا (و) قوله (لا اجيز رد له) اى للبيع الموقوف بخلاف المستأجر فانه اذا قال لا اجيز بيع الآخر ثم اجاز جاز كل ذلك من الخلاصة ثم لما فرغ عن البيع الموقوف واحكامه شرع فى بيان المكروه وحكمه فقال (وكره البيع عند الاذان الاول للجمعة) لان فيه اخلالا بواجب السعى اذا قعدا او وقفا يتبايعان واما اذا تبايعا عشيان فلا كراهة (و) كره (النجش وهو ان يزيد فى الثمن ليرغب غيره ولا يريد الشراء لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * لا تناجشوا (و) كره (السوم على سوم غيره بعد رضاهما بثمن) لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه * فانه نهى بصيغة النفى وهو ابلغ فاذا ساومه بشئ ولم يركن احدهما الى صاحبه فلا بأس للغير ان يساومه و يشتريه فانه بيع من يزيد ولذا قال (بخلاف بيع من يزيد) فانه جائز لورود الاثر وهو محمل النهى فى الخطبة ايضا (و) كره ايضا (تلقى الجلب) اى ان يتلقى بعض اهل البلد المجلوب

من خارج البلد اليه من الطعام (المضر لاهل البلد) للنهى عنه ولان فيه تضييق الامر على الحاضرين فان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين واشترى باقل من القيمة (و بيع الحاضر للبادى زمان القحط لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * لا يبيع الحاضر للبادى * وهذا اذا كان اهل البلد فى قحط وهو بيع من اهل البدو رغبة فى الثمن الغالى فيكره لانه اضرار بهم فان لم يكن كذلك فلا بأس به لعدم الاضرار وقيل صورته ان يجئ البادى بالطعام الى مصر فيتوكل الحاضر عن البادى و يبيع الطعام و يغالى السعر على الناس فانه منهى عنه فانه لو تركه لباع بنفسه ورخص فى السعر (والتفريق بين صغير وذى رحم محرم منه) لقوله صلى الله عليه وسلم * من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه و بين احبته يوم القيمة * ووهب صلى الله عليه وسلم لعلى غلامين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال صلى الله عليه وسلم * ادرك ادرك * و يروى * اردد اردد * ولان الصغير يستأنس بالصغير و بالكبير والكبير ينفق على الصغير و يقوم بحوايجه باعتبار الشفقة الناشية من قرب القرابة فكان فى بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه (بخلاف الكبيرين) اذ ليس هنا ترك المرحمة عليهم (والزوجين) لان النص معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا بد من اجتماعهما فى ملكه حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية و بيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به (وحكمه) اى حكم البيع المكروه (انه لا يفسد) لان النهى باعتبار معنى مجاور للبيع لا فى صلبه ولا فى شرائط صحته ومثل هذا النهى لا يوجب الفساد بل الكراهة (ولا يجب فسخه) لان وجوبه فى الفاسد لدفع الحرمة ولا حرمة ههنا (و يملك المبيع قبل القبض) لما مر ان عدم ثبوت الملك قبل القبض فى البيع الفاسد حذار تقرير الفساد المجاور ولا فساد ههنا (و يجب الثمن لا القيمة) ان هلك المقبوض فى يد المشترى لان وجوب المثل او القيمة فى البيع الفاسد لكونه فى حكم الغصب وهذا ليس كذلك

*) باب الاقالة (*

(هى) لغة الاسقاط والرفع وشرعا (رفع البيع وتصح بلفظين احدهما

مستقبل) فى شرح القدورى الاقالة تثبت بلفظين احدهما يعبر به عن الماضى والآخر عن المستقبل كقول الرجل اقلنى ويقول صاحبه اقلتك وقال محمد هو كالبيع لاتصح الابلفظين يعبر بهما عن الماضى وفى الفتاوى اختار قول محمد كذا فى الخلاصة (وتتوقف على قبول الآخر فى المجلس) فى التجريد يتوقف قبول الاقالة على المجلس وكما يصح قبولها فى مجلسها نصا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا فور مقالة المشترى (وهى فسخ فيما هو من موجبات العقد) قال الزيلعى قولهم فسخ فى حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد من غير شرط واما اذا لم يكن منها بل وجب بشرط زائد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا فى حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا عاد الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشترى بذلك لم تقبل شهادته كانه هو الذى باعه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت الايرى ان المشترى لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشترى بذلك يقبل شهادته اذ بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشترى لكونه فسخا من كل وجه وفرع على كونها فسخا فروعا ذكر الاول بقوله (فبطلت) اى الاقالة (بعد ولادة المبيعة لامتناع الفسخ بسبب الزيادة ولو كانت بيعا محضا لجاز قالوا هذا اذا ولدت بعد القبض واما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وذكر الثانى بقوله (وصحت بمثل الثمن الاول الا اذا باع المتولى او الوصى شيئا باكثر من قيمته) حيث لايجوز اقالته وان كان بمثل الثمن الاول رعاية لجانب الوقف وحق الصغير (وان) وصلية (شرط غير جنسه) اى جنس الثمن الاول (او اكثر منه) اى من الثمن الاول (او الاقل) اى صحة الاقالة بمثل الثمن الاول وان شرط غيره اما الاول فلان الاقالة فسخ والفسخ لايكون الا على الثمن الاول واما الثانى فلان الشرط فاسد والاقالة لاتفسد بالشرط الفاسد كما سيأتى (الا اذا تعيب) اى المبيع عند المشترى استثناء من قوله او الاقل فان الاقالة حينئذ تجوز باقل من الثمن الاول لان نقصان الثمن يكون بمقابلة الفائت بالعيب وذكر الثالث بقوله (ولاتفسد بالشرط) لان فساد البيع به للزوم الربوا كامر ولا ربوا فى الفسخ وذكر الرابع بقوله (وجاز للبايع بيع المبيع قبل قبضه) يعنى اذا تقايلا ولم يرد المشترى المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد لانه

باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشترى لم يجز لانه بيع جديد فى حق غيرهما وذكر الخامس بقوله (و) جاز (بيع المكيل والموزون بلا اعادة الكيل والوزن يعنى اذا كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز ولو كانت بيعا لم يجز وذكر السادس بقوله (و) جاز (هبة المبيع للمشترى بعد الاقالة قبل القبض) يعنى اذا وهب المبيع من المشترى بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لم تجز لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبايع قبل القبض (و بيع فى حق ثالث) عطف على قوله فسخ قال فى النهاية الخلاف فيما اذا ذكر الفسخ بلفظ الاقالة ولو ذكر بلفظ المفاسخة او المتاركة لايجعل بيعا اتفاقا اعمالا لموضوعه اللغوى وقد فرع على كونها بيعا فروعا ذكر الاول بقوله (فتسليم الشفعة فى البيع لاينافى اخذها فى الاقالة) يعنى لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا فى حقه كانه اشتراه منه وذكر الثانى بقوله (ولايرد البايع الثانى على الاول بعيب علمه بعدها) اى بعد الاقالة يعنى اذا باع المشترى المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان فى يد البايع فاراد ان يرده على البايع لبس له ذلك لانه بيع فى حقه كانه اشتراه من المشترى منه وذكر الثالث بقوله (ولبس للواهب الرجوع اذا باع الموهوب له الموهوب من آخر فتقايلا) يعنى اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا لبس للواهب ان يرجع فى هبته لان الموهوب له فى حق الواهب كالمشترى من المشترى منه وذكر الرابع بقوله (والمشترى اذا باع المبيع من آخر قبل النقد جاز للبايع شراؤه منه بالاقل) يعنى اذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشترى فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان فى حق البايع كالمملوك بشراء جديد من المشترى الثانى وذكر الخامس بقوله (واذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعدما حال الحول ووجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت فى يده لم يسقط الزكوة) يعنى اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت فى يده فان الزكوة لاتسقط عنه لانه بيع جديد فى حق الثالث وهو الفقير لان الرد بغير قضاء اقالة (وهلاك المبيع يمنعها) اى الاقالة (لا هلاك الثمن) لانها رفع البيع والاصل فيه

المبيع لا الثمن ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن (وهلاك بعضه) اى بعض المبيع يمنعها (بقدره) اعتبارا للبعض بالكل و لو تقايضا جاز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاكه لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا

)باب المرابحة والتولية(

(والوضيعة الاولى بيع ما ملكه) لم يقل بيع المشترى ليتناول ما اذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده حيث جازله ان يبيعه مرابحة وتولية على ماضمن وان لم يكن فيه شرى (بمثل ما قام عليه) لم يقل بثمنه الاول لانما يأخذه من المشترى ليس ثمنه الاول بل مثله وقال بمثل ماقام عليه لماسيأتى ان له ان يضم اجر القصار ونحوه الى الثمن ويقول قام على بكذا (بزيادة) على ماقام عليه وان لم تكن من جنسه (والثانية بيعه به) اى بما قام عليه (بدونها) اى بدون الزيادة (والثالثة بيعه باقل منه) اى مما قام عليه (وشرطها) اى البيوع الثلثة (شراؤه) اى شراء مايبيعه مرابحة اونحوها (بمثلى) من الموزونات والمكيلات والعدديات المتقاربة (او مملوك من البايع الاول) واللام فى (للمشترى) متعلق بمملوك (والربح مثلى معلوم) جملة حالية يعنى ان هذه البيوع لا تصح اذا كان عوض المبيع الذى اشتراه البايع سابقا قيميا لان مبناها على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة فى القيميات ان امكن فقد لايمكن الاحتراز عن شبهتها لان المشترى لايشترى المبيع الابقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لايملكه ولادفع مثله اذالفرض عدمه فتعينت القيمة وهى مجهولة تعرف بالظن والتخمين فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشترى مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البايع الاول بسبب من الاسباب فاشتراه مرابحة بربح معلوم من درهم اوشئ من المكيل اوالموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده فانه لايجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البايع بايعا للمبيع بذلك الثمن القيمى كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزء من الثوب والجزء الحادى عشر لايعرف الابالقيمة وهى مجهولة فلايجوز (وله) اى للبايع (ضم اجر القصار والصبغ) بالفتح مصدر وبالكسر ما يصبغ به (والطراز) علم الثوب (والفتل والحمل وطعام المبيع وكسوته وسوق الغنم والسمسار المشروط

اجره فى العقد) فان اجرة السمسار ان كانت مشروطة فى العقد يضم والا فاكثر المشايخ على انها لاتضم بخلاف اجرة الدلال فانها لاتضم اتفاقا (الى ثمنه) متعلق بقوله ضم وانما ضمت اليها لانها تزيد فى عين المبيع كالصبغ واخواته اوفى قيمته كالحمل والسوق لان القيمة تختلف باختلاف المكان فيلحق اجرتها برأس المال وان فعل المشترى بيده شيئا مماذكر من الفتل ونحوه لايضمه وبالجملة كل مايزيد فى المبيع اوقيمته يضم ومالا فلا ذكره الزيلعى (لا) اى ليس له (ضم اجر الطبيب) لانه لايزيد شيئا فى العين ولافى القيمة (و) اجر (المعلم لان) اجره لم يزد مالية المبيع فان التعلم حصل فيه لذهنه وشغله غايته ان يكون تعليمه شرطا وهو لايكفى فى الضم (والدلال والراعى ونفقة نفسه) فانها لاتزيد فى المبيع شيئا بخلاف اجر السمسار المشروط ونفقة المبيع كامر (وجعل الابق وكراءبيت الحفظ) فانهما ايضا لاتزيدان شيئا بخلاف كراء المبيع فانه يضم لافادته زيادة فى القيمة (ويقول) البايع حين البيع وضم مايجوز ضمه (قام على بكذا الاشريته بكذا) تحرزا عن الكذب (خان) اى البايع (فى المرابحة) اى ظهر خيانته بالبينة او باقراره او بنكوله خير المشترى ان شاء (اخذه) اى المبيع (بثمنه اورده وفى التولية حط) اذ لو لم يحط فى التولية لم تبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط فى المرابحة تبقى مرابحة على حالها وان كان الربح اكثر ما ظنه المشترى فلايتغير التصرف ويثبت له الخيار لفوات الرضا (ولو هلك المبيع) اواستهلكه فى المرابحة (قبل الرد اوحدث به مانع منه) اى من الرد (لزمه بكل الثمن) المسمى (وسقط خياره) لانه مجرد اختيار لايقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق منه للمشترى الجزء الفائت وعند العجز عن تسليمه يسقط مايقابله من الثمن (شرى ثانيا بعد بيعه بربح فان رابح) اى اراد المشترى ان يبيع مرابحة (طرح عنه ماربح) اى كل ربح كان قبل ذلك (وان استغرق الربح الثمن لم يرابح) صورته اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام على بعشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لايبيعه مرابحة اصلا لان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثانى ثابتة لانه تأكد به بعد كونه على شرف الزوال بالوقوف على عيب والشبهة فى بيع المرابحة كالحقيقة احتياطا بخلاف ما اذا تخلل ثالث بان اشترى

من مشتري مشتريه لان التأكد حصل بغيره (يرابح) اى جاز ان يبيع مرابحة سيد شرى من مأذونه المحيط دينه برقبته) قيد به اذ لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يفيد المولى شيئا لم يكن له قبل البيع لاملك الرقبة ولاملك التصرف (على ماشرى المأذون) متعلق بقوله رابح صورته اشترى عبد مأذون له فى التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين محيط فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة (كعكسه) وهو ان يشترى المولى ثوبا بعشرة فباعه من عبده المأذون له المديون بخمسة عشر فانه ايضا يبيعه مرابحة على عشرة لان فى هذا العقد وان كان صحيحا فى نفسه شبهة العدم لان العبد ملكه ومافى يده لايخلوا عن حقه فاعتبر عدما فى حق المرابحة لابتنائها على الامانة فبقى الاعتبار للشرى الاول فصار كان العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الاول ويبيعه للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول (و) يرابح (رب المال على ماشراه مضاربه بالنصف) متعلق بمضاربه (اولا) متعلق بشراه (وعلى نصف ماربح بشرائه ثانيا منه) اى من مضاربه متعلق بقوله بشرائه يعنى اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا اذا عدم الربح كما هو كذلك ههنا لان الربح انما يحصل اذا بيع من الاجنبى ففيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عن رب المال فى البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح (يرابح بلا بيان بالتعيب ووطئ الثيب) يعنى اذا اشترى جارية فاعورت اووطئها وهى ثيب (ولم ينقصها الوطئ) يبيعها مرابحة ولايجب عليه البيان اذ لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن لان الاوصاف لايقابلها الثمن الا اذا كان مقصودا بالاتلاف كما مر اولا ولهذا قال ولم ينقصها الوطئ قال الزيلعى المراد بقولهم يبيعه مرابحة بلا بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم اصابه العيب عنده بعد ذلك واما نفس العيب فلابد من بيانه بان يبين العيب والثمن من غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده (كقرض الفأر وحرق النار للمشترى) فان ماضاع بالقرض اوالحرق وان كان جزء يقابلها شئ من الثمن كالعذرة لم يحبس عنده (و) يرابح (ببيان بالتعيب) بان فقأ عينها بنفسه اوفقأها اجنبى فاخذ ارشها لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شئ من الثمن (ووطئ البكر) لان العذرة جزء من العين يقابلها

الثمن

الثمن وقد حبسها (كتكسره بنشره وطيه) لانه صار مقصودا بالاتلاف شرى بنسيئة ورابح بلا بيان) يعنى اشترى شيئا بالف درهم نسيئة وباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشترى (خير مشتريه) ان شاء قبل وان شاء رد لان الاجل يشبه المبيع حتى يزاد فى المبيع لاجل الاجل والشبهة ههنا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بالخيانة (فان اتلفه ثم علم لزمه كل ثمنه) وهو الف ومائة لان الاجل لايقابله شئ من الثمن (كذا التولية) يعنى ان كان ولاه اياه ولم يبين خير لان الخيانة فى التولية مثلها فى المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حال لما مر ان الاجل لايقابله شئ من الثمن (ولى) رجلا شيئا (بما قام عليه ولم يعلم مشتريه قدره) ان قدر ما قام عليه (فسد) البيع لجهالة الثمن (وان علم) المشترى قدره (فى المجلس صح) البيع لزوال المفسد قبل تقرره (وخير) المشترى ان شاء قبل وان شاء رد لان الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فتخير كما فى خيار الرؤية

*) فصل (*

(صح بيع العقار قبل قبضه لا المنقول) عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد لايجوز لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * اذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه ولانه لايقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر من اهله ووقع فى محله والحديث معلول باحتمال الهلاك وهو فى العقار نادر حتى لو تصور هلاكه قبل القبض بان كان على شط نهر ونحوه قالوا لايجوز بيعه قبله فلا يقاس على المنقول وقد اضطرب ههنا كلمات شراح الهداية وغيرهم والاظهر الموافق لقواعد الاصول ماذكر فى العناية وهو ان الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لقوله تعالى * واحل الله البيع * لكن خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى * وحرم الربوا * والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ماروى انه صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلوا اما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ اولا فان كان ثبت المطلوب حيث لايتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روى فى السنن مسندا الى الاعرج عن ابى هريرة رضى الله تعالى عنه ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه

و بين ادلة الجواز و ذلك يستلزم الترك و جعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق حينئذ و الاعمال متعين لامحالة فيكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض (شرى الكيلى كيلا لاجزافا) قدمر انه معرب كذاف ويجوز فى الجيم الحركات الثلث (لم يبعه ولم يأكله حتى يكيله) لنهى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البايع وصاع المشترى ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع بخلاف ما اذا باع جزافا لان الزيادة للمشترى و بخلاف ما اذا باع الثوب مزارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف فى الثوب بخلاف القدر كما مر ذكر الشرى لانه اذا ملك مكيلا او موزونا بهبة اووصية جاز للمالك ان يتصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل وقيد بكون المكيل مبيعا لانه اذا كان ثمنا جاز التصرف فيه مطلقا كذا فى النهاية (الاان يكيل البايع بعد بيعه عند المشترى) لان المبيع يصير معلوما بكيل واحد و يتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين كما سيأتى فى السلم ان شاء الله تعالى فاذا كان البايع قبل البيع وان كان بحضرة المشترى لم يعتبر لانه ليس صاع البايع والمشترى وهو الشرط وكذا لو كال بعد البيع بغيبة المشترى لان الكيل من باب التسليم اذ به يعلم المبيع ولاتسليم الا بحضرته (كذا الموزون والمعدود) اى لايبيعه ولايأكله حتى يزنه او يعده ثانيا و يكفى ان وزنه اوعده بعد البيع بحضرة المشترى (لاالمذروع) اى لايشترط ماذكر فى المذروعات وان اشتراه بشرط الذرع لما مر مرارا ان الذراع وصف لايقابله شىء من الثمن فيكون للمشترى قال الزيلعى هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا و ان سمى فلايحل له التصرف فيه حتى يذرع (جاز التصرف فى الثمن قبل قبضه) سواء كان مما لايتعين كالنقود او يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدلهما شيئا آخر لوجود المجوز وهو الملك وانتفاع المانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك لما مر ان الاصل فى البيع هو المبيع و بهلاكه ينفسخ البيع بخلاف الثمن اما اذا كان من النقود فظاهر واما اذا كان من المكيل او الموزون فلانه مبيع من وجه وثمن من وجه ولهذا لايبطل الاقالة فى صورة المقايضة بهلاك احدهما وقدمر (و) جاز (زيادة المشترى فيه) اى الثمن (ان قام المبيع) لانه ان لم يقم لم يبق بحالة يصح الاعتياض عنه لانه انما يكون فى موجود والشىء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم

مايقابله فلايستند اى لايلحق باصل العقد بالاستناد (و) جاز (حط البايع عنه) لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لايستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط فى الحال و يلتحق باصل العقد استنادا (و) جاز (زيادته) اى البايع (فى المبيع) لانه تصرف فى حقه وملكه (و يتعلق الاستحقاق) اى استحقاق البايع والمشترى (بالكل) اى كل الثمن والمبيع والزائد و المزيد عليه فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد لانهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا اوخاسرا اوعدلا ولهما ولاية الدفع فاولى ان يكون ولاية التغيير قال صدر الشريعة ويمكن ان يقال انه اذا استحق مستحق المبيع او الثمن فالاستحقاق يتعلق بجميع ما يقابله من المزيد والمزيد عليه فلايكون الزائد صلة مبتدأة كما هو مذهب زفر والشافعى اقول لايمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة فان ادعى المستحق مجرد المزيد عليه واثبته اخذه و ان ادعاه مع الزيادة واثبته اخذه وكذا ان ادعى الزيادة فقط ثم ان حكم الالتحاق يظهر فى التولية و المرابحة (فيرابح و يولى عليه) اى الكل (ان زيد وعلى الباقى ان حط) فان البايع اذا حط بعض الثمن عن المشترى والمشترى قال لآخر وليتك هذا الشىء وقع عقد التولية على ما بقى من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملحقا باصل العقد فكان الثمن فى ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذا اذا زاد المشترى على اصل الثمن او البايع على اصل المبيع (والشفيع يأخذ بالاقل فيهما) اى فى الزيادة على الثمن والحط وان كان مقتضى الالحاق بالاصل ان يأخذ بالكل فى صورة الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفى الزيادة ابطال له وليس لهما ابطاله (قال رجل لآخر بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن كذا من الثمن سوى الالف اخذه) اى مولى العبد الالف (من زيد والزيادة من الضامن ولو لم يقل من الثمن فالالف على زيد) لانه ثمن العبد (ولاشىء عليه) اى على القائل اصله ان الزيادة فى الثمن والمثمن جائزة عندنا و تلتحق باصل العقد كان العقد ورد ابتداء على الاصل والزيادة كما مر وان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله ولهذا لايصح ايجابه على الاجنبى لانه لايستفيد بازائه مالا فاما فضول الثمن فيستغنى عنه حتى يصح الزيادة من الاجنبى كما تصح من المشترى اذ لايسلم لهما شىء بمقابلة الزيادة وصارت كبدل الخلع فانه يصح على غير المرأة اذ لايسلم لهما شىء

اذا البضع عند الخروج غير مقوم لكن من شرط الزيادة المقابلة تسمية وصورة حتى يجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة فاذا قال من الثمن فقد جعل المائة بمقابلة المبيع صورة فوجد شرطها فتصح واذا لم يقل من الثمن لم يوجد المقابلة صورة ولا معنى فلم يوجد شرطها فلا تصح وبقى التزام المال ابتداء ليبيع داره من غيره وهو رشوة وهى حرام (صح تأجيل الديون) وان كانت حالة فى الاصل لان الدين حقه فله ان يؤخره تيسيرا على المديون كماله ابراؤه (الى اجل معلوم او مجهول جهالة يسيرة) كالتأجيل الى الحصاد بخلاف ما كانت فاحشة كهبوب الريح (سوى القرض) فان تأجيله لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم لانه معاوضة انتهاء وان كان اعادة وصلة ابتداء (الا اذا اوصى به) فانه اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة لزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل السنة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها نظرا للموصى ولذا جوزت بالخدمة والسكنى ولزمت (او احال المستقرض المقرض على اخر بدينه فاجله المقرض مدة معلومة) فانه يصح حتى لو اراد المقرض ان يطالب المستقرض ذلك الدين ليس له ذلك لان الحوالة مبرئة براءة الدين فى رواية وبراءة المطالبة فى اخرى كذا فى العمادية

) باب الربوا (

هو) لغة الفضل مطلقا وشرعا (فضل احد المتجانسين على الآخر) ففضل قفيزى شعير على قفيز بر لا يكون ربوا لانتفاء المجانسة (بالمعيار الشرعى وهو الكيل والوزن ففضل عشرة اذرع من الثوب الهروى على خمسة اذرع منه لا يكون ربوا لانتفاء المقدار الشرعى (خاليا عن عوض) احتراز عن بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان الثانى فاضل على الاول لكن غير خال عن العوض يصرف الجنس الى خلاف الجنس (شرط لاحد العاقدين) حتى لو شرط لغيرهما لا يكون ربوا (فى المعاوضة) حتى لم يكن الفضل الخالى عن عوض فى الهبة ربوا (وعلته القدر بالجنس) لان الاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله صلى الله تعالى عليه وسلم * الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا * اى بيعوا مثلا بمثل او بيع الحنطة بالحنطة مثلا بمثل والخبر بمعنى الامر ولما كان الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة كما فى قوله تعالى * فرهان مقبوضة * حيث صرف الايجاب الى القبض فصار شرطا للرهن والمماثلة بين الشيئين تكون

باعتبار

باعتبار الصورة والمعنى معا والقدر يسوى الصورة والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل الذى هو الربوا ولا يعتبر الوصف لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * جيدها ورديها سواء (فان وجدا) اى القدر والجنس (حرم الفضل) كقفيز بر بقفيزين منه (والنساء) ولو مع التساوى كقفيز بر بقفيز منه احدهما وكلاهما نسيئة (وان عدما) اى كل منهما (حلا) اى الفضل والنساء (وان وجد احدهما) فقط (حل الفضل) كما اذا بيع قفيز حنطة بقفيزى شعير يدا بيد حل فان احد جزئى العلة وهو الكيل موجود هنا لا الجزء الاخر وهو الجنس وان بيع خمسة اذرع من الثوب بستة اذرع منه يدا بيد حل ايضا لوجود الجنسية وان عدم القدر (لا النساء) اى لا يحل النساء فى هاتين الصورتين ولو بالتساوى فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وربوا النسيئة باحدهما لان جزء العلة لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة وهى فى باب الربوا ملحقة بالحقيقة وان كانت ادنى منها فلا بد من اعتبار الطرفين ففى النسيئة احد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلم تحل وفى غير النسيئة لم يعتبر الشبهة لما ذكر انها ادنى من الحقيقة (كسلم ثوب هروى فى هروى) فانه لم يجز لاتحاد الجنس (وبر فى شعير) فانه ايضا لم يجز لوجود القدر (والجيد والردى سواء) لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * جيدها ورديها سواء * ولان فى اعتباره سد باب البياعات ثم فرع على قوله فان وجدا حرم الفضل والنساء قوله (فحرم بيع الكيلى والوزنى بجنسه) اى بيع الكيلى بالكيلى والوزنى بالوزنى (متفاضلا ولو غير مطعوم كالجص) فانه من المكيلات (والحديد) فانه من الموزونات والطعم غير معتبر عندنا بل عند الشافعى (وبالنساء) عطف على متفاضلا وبه يتم التفريع (الا ان لا يتفقا) اى العوضان استثناء من قوله فحرم بيع الكيلى والوزنى بجنسه (فى صفة الوزن) بان يوزن احدهما بغير ما يوزن به الآخر (كالنقود والزعفران) والقطن والحديد ونحوهما فان الوزن جمعهما ظاهرا لكنهما يختلفان فى صفة الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات واما الثانى فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه لو باعه بالنقود موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه عشرة دنانير مثلا وقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران على انه منوان

مثلا وقبله المشترى ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في صفة الوزن ومعناه وحكمه لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة واذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهى غير معتبرة (وحل) عطف على حرم اى حل بيع الكيلى والوزنى (متساويا بلا تفاضل (و) حل ايضا بيعهما (بلا قدر كما) اى كبيع ما (دون نصف صاع) فان المعتبر في قدر المكيلات نصف الصاع لا مادونه اذ لا تقدير في الشرع بما دونه (باقل منه) متعلق بالبيع المقدر اى كبيع مادون نصف صاع باقل منه (كحفنتين) من بر (بحفنة منه) فان بيعهما بها جائز وان وجد الفضل لانتفاء القدر الشرعى (الا ان يكون) استثناء من قوله بلا قدر اى انما يحل بيع الاقل من القدر الشرعى باقل منه اذا كان حالا اما اذا كان (بالنساء فلا يحل لوجود جزء من العلة يحرم للنساء وهو الجنس حتى اذا انتفى الجنس ايضا حل البيع مطلقا ولو بالنساء لانتفاء كل من جزئى العلة كبيع حفنة من بر بحفنتين من شعير (كذا حكم كل عددى متقارب) فان بيع العددى المتقارب بجنسه متفاضلا جاز ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء (والمعتبر في غير الصرف التعيين لا التقابض) حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز وقال الشافعى يعتبر التقابض قبل الافتراق فى بيع الطعام بالطعام كما في الصرف لقوله عليه الصلوة والسلام فى الحديث المعروف يدا بيد ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ومعنى يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة ابن الصامت رضى الله تعالى عنه (البر والشعير والتمر والملح كيلى والذهب والفضة وزنى) فان كل ما نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو كيلى ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو وزنى ابدا وان ترك الناس فيه الوزن كالذهب والفضة (لا يغير ان بعرف) لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى (بخلاف ما عداها) اى ما عدا الاشياء الستة فان ما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن *

(فلم يجز بيع البر بالبر متساويا وزنا والذهب بالذهب متساويا كيلا كما لم يجز

مجازفة) وان تعارفوا ذلك لاحتمال الفضل على ما هو المعيار فيه الا ان السلم يجوز في الحنطة ونحوها وزنا لوجود السلم في معلوم (وجاز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما) عند ابى ح وابى يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية فى حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت تتعين بالتعيين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة (و) جاز بيع (الرطب بالرطب و بالتمر و) بيع (التمر بالبسر و) بيع (العنب بالزبيب و) بيع (البر رطبا ومبلولا بمثله او باليابس و) بيع (التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما و) بيع (الدقيق بمثله) نقل عن محمد بن الفضل ان بيع الدقيق بالدقيق انما يجوز اذا كانا مكبوسين والا لم يجز قوله (متساويا) قيد لجواز البيع في الاشياء المعدودة ووجه الجواز انه ان كان بيع الجنس بالجنس بلا اختلاف الصفة جاز متساويا وكذا مع اختلاف الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم * جيدها ورديها سواء * والا جاز كيف ما كان لقوله صلى الله عليه وسلم * اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم (و) جاز بيع (اللحم بالحيوان و) بيع (اللحوم والالبان المختلفين) اى بيع لحم الغنم بلحم البقر و بالعكس وكذا لبنهما (بعضها ببعض و) بيع (الكرباس بالقطن و بالغزل و) بيع (خل الدقل) وهو اردأ التمر (بخل العنب و) بيع (شحم البطن بالالية او باللحم و) بيع (الخبز بالبر والدقيق متفاضلا) هذا قيد لجواز البيع فى الاشياء المعدودة من اللحم الى ههنا وجه جوازه متفاضلا اختلاف اجناسها (و بالنساء) عطف على متفاضلا اى وجاز البيع بالنساء ايضا (فى الاخير) وهو بيع الخبز بالبر والدقيق (وبه يفتى) لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذى سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض (لا) بيع (البر بالدقيق او بالسويق او بالنخالة) فان بيعه بها لا يجوز مطلقا لبقاء المجانسة من وجه لانها من اجزاء البر والمعيار فيها الكيل لكنه غير مسو بينها و بين البر لاكتنازها فى الكيل وتخلخل حبات البر فلا يجوز وان كان كيلا بكيل (و) لا بيع (الدقيق بالسويق) مطلقا ايضا اذ لا يجوز بيع الدقيق بالمشوية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه (و) لا (الزيتون

بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما فى الزيتون والسمسم) ليكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير ولا يلزم الربوا وان لم يعلم

مقدار مافيه لم يجز لاحتمال الربوا وقدمران الشبهة فيه كالحقيقة (ويستقرض الخبز بوزن لاعدد) عند ابى يوسف لان آحاده تتفاوت بالعدد دون الوزن (وبه يفتى) ذكره الزيلعى (و) يستقرض (الفلوس بهما) اى بالوزن والعدد بالعرف اذ لانص فيها (والدراهم والدنانير) يستقرض (بالوزن فقط) لانهما من الموزونات بالنص (كذا ماثلثاه خالص) لان الحكم للغالب (وما ثلثه خالص) يستقرض (بعدد ان تعاملوا به وبوزن ان تعاملوا به) لانه ليس مما ورد فيه النص فيحمل على العرف كما مر (ولا يستقرض القيمى) لانه مختص بالمثلى وهو كل شئ يكال او يوزن نحو الحنطة والشعير والسمسم والتمر والزبيب ونحو ذلك فى التجريد ويجوز فى العدديات التى لاتتفاوت تفاوتا فاحشا كالبيض والجوز وفى الكافى ان القرض اعادة شرع لاطلاق الانتفاع بالعين غير انه لايمكن الانتفاع بالمكيل والموزون والعددى المتقارب الا باستهلاك اعيانها وكانت المنفعة عائدة الى ذاتها فاقام المثل فى الذمة مقام العين كانه انتفع بالعين ورده وهذا انما يتأتى فى ذوات الامثال لايمكن ايجاب المثل فى الذمة لافى الحيوان والثياب اذلامثل لهما (ولاربوا بين السيد وعبده مأذونا غير مديون) لان العبد ومافى يده حينئذ يكون ملك مولاه فلايكون بينهما بيع ليتحقق الربوا حتى اذا كان عليه دين يتحقق الربوا ليتحقق البيع (و) لاربوا (بين مسلم وحربى ثمه) اى فى دار الحرب لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * ولاربوا بين المسلم والحربى فى دار الحرب * وكذا اذا تبايعا فيها بيعا فاسدا ذكره الزيلعى فان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما لكنه التزم ان لايغدرهم ولايتعرض لما فى ايديهم بلارضاهم فاذا اخذه برضاهم اخذ مالا مباحا بلاغدر (اومن آمن ثمه) فان الحربى اذا اسلم ثمه لايكون بينه وبين مسلم مستأمن فى دار الحرب ربوا عند ابى حنيفة لان مال من اسلم ثمه لاعصمة له فصار كمال الحربى ويجوز اخذ مال الحربى برضاه للمسلم المستأمن وقالا انه ربوا جرى بين مسلمين وهو حرام كذا فى الكافى

) باب الاستحقاق (

لم يذكر الحقوق كما ذكر فى سائر المتون لانها ذكرت فى اوائل البيوع (هو نوعان) احدهما (مبطل للملك) اى مزيل له بالكلية بحيث لايبقى لاحد عليه حق التملك (كالحرية الاصلية والعتق وفروعه) كالتدبير والكتابة والاستيلاد (و) ثانيهما (ناقل له) اى للملك من شخص الى شخص (كالاستحقاق

بالملك) بان ادعى زيد على بكر ان مافى يده من العبد ملك له وبرهن عليه والنوعان بعد اتفاقهما فى انهما يجعلان المستحق عليه ومن تملك ذلك الشئ من جهته مستحقا عليهم حتى ان واحدا منهم لوادعى واقام البينة على المستحق بالملك المطلق لايقبل بينته يختلفان بوجه اخر اذ النوع الاول (يوجب انفساخ العقود) الجارية بين الباعة بلاحاجة فى انفساخ كل منها الى حكم القاضى بلا اختلاف رواية وفرع عليه بقوله (فلكل من الباعة الرجوع على بايعه وان لم يرجع عليه) بصيغة المجهول اى وان لم يحصل الرجوع عليه (ويرجع) هو ايضا كذلك (على الكفيل وان لم يقض على المكفول عنه) فان توقف رجوع البعض على البعض على حكم القاضى انما يكون اذا بقى اثر العقد وهو الملك كما فى النوع الثانى واذا لم يبق لم يحتج اليه وايضا بدل الحر ليس بمملوك فلا يجتمع ثمنان فى ملك واحد بخلاف الاستحقاق بالملك كما سيأتى (والحكم بالحرية الاصلية حكم على الكافة) اى كافة الناس (حتى لايسمع دعوى الملك من احد كذا العتق وفروعه) فان الحرية حق الله تعالى حتى لايجوز استرقاق الحر برضاه والناس كلهم خصوم فى اثبات حقوق الله تعالى نيابة عنه تعالى لكونهم عبيده فكان حضور الواحد كحضور الكل بخلاف الملك لانه حق العبد خاصة فلاينتصب الحاضر خصما عن الغائب لعدم مايوجب انتصابه خصما الا ان من تلقى الملك من جهته يصير مقضيا عليه ايضا لتعدى اثر القضاء اليه لاتحاد الملك ومن قضى عليه فى حادثة لم يصر مقضيا له فيها بتلك الجهة (واما) الحكم (فى) الملك (المورخ فعلى الكافة من التاريخ لاقبله) يعنى اذا قال زيد لبكر انك عبدى ملكتك منذ خمسة اعوام فقال بكر انى كنت عبد بشر ملكنى منذ ستة اعوام فاعتقنى فبرهن عليه اندفع دعوى زيد ثم اذا قال عمرو لبكر انك عبدى ملكتك منذ سبعة اعوام وانت ملكى الآن فبرهن عليه يقبل ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكا لعمرو ويدل عليه ان قاضيخان قال فى اول البيوع من شرح الزيادات بعدما حقق المسئلة حق التحقيق فصارت مسائل الباب على قسمين احدهما عتق فى ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الاصل والقضاء به قضاء على كافة الناس والثانى القضاء بالعتق فى ملك مورخ وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ولايكون قضاء قبله فليكن هذا على ذكر منك فان الكتب المشهورة خالية عن هذه الفائدة (و) النوع (الثانى لايوجب انفساخها) اى انفساخ العقود فى ظاهر

الرواية لانه لايوجب بطلان الملك (والحكم به) اى بهذا النوع من الاستحقاق (حكم على ذى اليد) حتى يؤخذ المدعى من يده (و على من تلقى) ذواليد (الملك منه) بلا واسطة اووسائط (فلايسمع دعوى الملك منهم) لكونهم محكوما عليهم تفريع على قوله والحكم به حكم على ذى اليد الخ (بل دعوى النتاج) بان يقول بايع من الباعة حين رجع عليه بالثمن انالااعطى الثمن لان المستحق كاذب لان المبيع نتج فى ملكى اوملك بايعى بلا واسطة او بها فيسمع دعواه و يبطل الحكم ان اثبت (اوتلقى الملك من المستحق) بان يقول انالااعطى الثمن لانى اشتريته من المستحق فيسمع ايضا (ولايعاد البينة للرجوع هذا ايضا تفريع على قوله والحكم به الخ يعنى اذا كان الحكم للمستحق حكما على الباعة فاذا اراد واحد من المشترين ان يرجع على بايعه بالثمن لايحتاج الى اعادة البينة (و) لكن (لايرجع احد) من المشترين (على بايعه قبل الرجوع عليه) حتى لايكون للمشترى الاوسط ان يرجع على بايعه قبل ان يرجع عليه المشترى الاخير (ولايرجع) بصيغة المجهول اى لايحصل رجوع المحكوم عليه (على الكفيل) اى الضامن بالدرك (قبل القضاء على المكفول عنه) لانه الاصل ومنه يسرى الحكم الى الكفيل وانما لم يرجع قبل الرجوع عليه لئلا يجتمع ثمنان فى ملك شخص واحد لان بدل المستحق مملوك (ثم الرجوع) اى رجوع المشترى بالثمن على البايع (انما يكون اذا ثبت الاستحقاق بالبينة) لما عرفت انها حجة متعدية اما اذا ثبت باقرار المشترى او بنكوله عن اليمين او باقرار وكيل المشترى بالخصومة اوبنكوله فلايوجب الرجوع بالثمن لان اقراره لايكون حجة فى حق غيره وفى زيادات ابى بكر بن حامد البخارى اشترى دارا واستحقها رجل باقرار المشترى او بنكوله عن اليمين لايرجع على بايعه بالثمن فان اقام المشترى البينة ان الدار ملك المستحق ليرجع على بايعه بالثمن لايسمع بينته امالواقام البينة على اقرار البايع ان المبيع ملك المستحق تقبل و يأخذ البايع بالثمن ولولم يقم بينة على اقرار البايع بذلك ولكنه طلب يمينه بالله ماهى للمدعى كان له ذلك لانه يحتمل ان ينكل عن اليمين فيصير بنكوله كالمقر و يسترد منه الثمن بعد ذلك كذا فى العمادية وهذا مما يجب حفظه والناس غافلون عنه وقد فرع عليه بقوله (فبيعة ولدت) عند المشترى لاباستيلاده (فاستحقت ببينة تبعها ولدها) اى يأخذها المستحق وولدها (وان اقربها) لرجل (لا) اى لايتبعها ولدها بل يأخذها المقر له لاولدها

والفرق

و الفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل و الولد كان متصلا بها يومئذ فيثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك فى المخبر به ضرورة صحة الخبروماثبت بالضرورة يقدر بقدر الضرورة (التناقض يمنع دعوى الملك) لانه يكون متهما فيها (لا) دعوى (الحرية) اما الحرية الاصلية فلخفاء حال العلوق فان الولد يجلب من دار الحرب صغيرا ولايعلم بحرية ابيه وامه فيقر بالرق ثم يعلم بحرية ابيه وامه فيدعى الحرية والتناقض فيما فى طريقه خفاء لايمنع صحة الدعوى واما العارضية فلان المولى ينفرد بالاعتاق والتدبير بلاعلم العبد فيجرى فيه ايضا الخفاء فيجعل التناقض فيه عفوا واذا اقام المكاتب بينة على اعتاق سيده قبل الكتابة تقبل لاستقلال سيده بالتحرير (والطلاق) فان المرأة اذا اختلعت ثم اقامت بينة على انه طلقها ثلاثا قبل الخلع فانها تسمع وان تناقضت للخفاء فى تطليقه لاستقلاله به (والنسب) كما اذا قال ليس هذا ابنى ثم قال هذا ابنى يسمع وكذا اذا قال لست انا بوارث فلان ثم ادعى انه وارثه و بين جهة ارثه يصح وفرع عليه بقوله (فلوقال رجل لاخر اشترنى فانى عبد فاشتراه) ثم ادعى الحرية (فاثبت حريته ضمن) العبد (ان لم يعلم مكان بايعه) لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه اوسلامة الثمن عند تعذر استيفائه من البايع فجعل المشترى مغرورا والتغرير فى المعاوضة سبب الضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فاذا ظهر حريته واهليته للضمان وتعذر الاستيفاء من البايع حكم عليه بالضمان (ورجع) اى العبد (عليه) اى البايع اذا وجده لانه قضى دينا على البايع وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن حيث يرجع على المديون ولولم يقل اشترنى اوقاله ولم يقل انى عبد ليس له على العبد شئ (وان علم) اى مكان بايعه (فلا) اى لايضمن العبد (بخلاف الرهن) فانه اذا قال ارتهنى فانى عبد لايجعل ضامنا لانه مختص بعقد المعاوضة والرهن ليس كذلك بل حبس بلاعوض يقابله وفائدة ذكر المسئلة بطريق التفريع على ذكر الاصل دفع اشكال من اول الامر ذكر فى الكتب المشهورة ان الدعوى شرط فى حرية العبد عند ابى حنيفة والتناقض يفسد الدعوى (لاعبرة لتاريخ الغيبة) بل العبرة لتاريخ الملك (فلوقال المستحق غابت عنى منذ سنة) يعنى استحق رجل دابة من يد آخر وقال المستحق عند الدعوى غابت عنى هذه الدابة منذ سنة فقبل

ان يقضى القاضى بالدابة للمستحق اخبر المستحق عليه البايع عن القصة (فقال البايع لى بينة انها كانت ملكالى منذ سنتين لايندفع الخصومة) بل يقضى القاضى بالدابة للمستحق لان المستحق ماذكر تاريخ الملك بل ذكر تاريخ غيبة الدابة فبقيت دعواه الملك بلا تاريخ والبايع ذكر تاريخ الملك ودعواه دعوى المشترى لان المشترى تلقى الملك منه فصار كان المشترى ادعى ملك بايعه بتاريخ سنتين الاان التاريخ لايعتبر حالة الانفراد كما سيأتى فسقط اعتبار ذكره وبقيت الدعوى فى الملك المطلق فيقضى بالدابة (العلم بالاستحقاق لايمنع صحة الرجوع) يعنى اذا اشترى شيئا من رجل يعلم انه ليس ملكاله بل لغيره فبعدما استحق ذلك الغير واخذ المشرى من يد المشترى يرجع المشترى على البايع ولايمنع علمه بالاستحقاق صحة رجوعه (فاذا استولد مشريته يعلم غصب البايع اياها كان الولد رقيقا ويرجع بالثمن) يعنى اشترى جارية مغصوبة وهو يعلم ان البايع غاصب فاستولدها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور لعلمه بحقيقة الحال ولكن يرجع بالثمن على البايع ولو اقام البايع بينة ان المشترى اقر بعد الشراء بملكية المبيع للمستحق لايبطل حق الرجوع بالثمن كذا فى العمادية (لايحكم بسجل الاستحقاق بشهادة انه كتاب كذا بل بالشهادة على مضمونه) يعنى اذا استحق دابة من يد المشترى ببخارا وقبض المستحق عليه السجل ووجد بايعه بسمرقند واراد الرجوع عليه بالثمن واظهر سجل قاضى بخارا واقام البينة ان هذا كتاب قاضى بخارا لايجوز لقاضى سمرقند ان يعمل به ويقضى للمستحق عليه بالرجوع بالثمن مالم يشهد الشهود ان قاضى بخارا قضى ببخارا على المستحق عليه بالدابة التى اشتراها من هذا البايع واخرجها من يد المستحق عليه هذا لان الخط يشبه الخط فلا يجوز الاعتماد على نفس السجل بل يشترط ان يشهدوا على قضاء القاضى وعلى قصر يد المستحق عليه كذا فى العمادية (كذا ماسوى نقل الشهادة والوكالة) المراد بماسواهما المحاضر والسجلات والصكوك فان فى كل منها يجب الشهادة على مضمون المكتوب لان المقصود بكل منها كونه حجة على الخصم وهو لايكون الابه بخلاف نقل الوكالة والشهادة فان المقصود بهما حصول العلم للقاضى ولهذا لايجوز كون شهود الطريق كفارا وان كان الخصم كافرا (قبض كل المبيع فاستحق بعضه بطل البيع فى قدره) اى قدر ذلك البعض (فان اورث) اى استحقاق البعض (العيب فى الباقى اوكان) المستحق (شيئين كشئ واحد

كالسيف بالغمد والقوس بالوتر (خير المشترى (فيه) اى الباقى وهو ظاهر (والا) اى وان لم يورث عيبا فى الباقى ولم يكن شيئين كشئ واحد (لزمه) اى لزم الباقى المشترى (بحصته من الثمن) توضيحه ان البيع اذا بطل فى قدر البعض المستحق ينظر ان كان استحقاق مااستحق يورث العيب فى الباقى كما اذا كان المعقود عليه شيئا واحدا مما فى تبعيضه ضرر كالدار والارض والكرم والعبد ونحوها فالمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء رضى بحصته من الثمن وان شاء رد وكذا اذا كان المعقود عليه شيئين وفى الحكم كشئ واحد فاستحق احدهما فله الخيار فى الباقى وان كان استحقاق مااستحق لايورث عيبا فى الباقى كما اذا كان المعقود عليه ثوبين اوعبدين فاستحق احدهما اوصبرة حنطة اوجملة وزنى فاستحق بعضه فانه لاضرر فى تبعيضه فلزم الباقى المشترى بحصته من الثمن وليس له الخيار كذا فى شرح الطحاوى (او بعضه) عطف على كل المبيع (فاستحق المقبوض اوغيره) اى غير المقبوض (بطل البيع (فيه) اى فيما اذا قبض البعض (ايضا) اى كما بطل فى القدر المستحق فى صورة قبض الكل (وخير) المشترى (فى الباقى) سواء (اورث استحقاق البعض (العيب فيه اولا) لتفرق الصفقة على المشترى بسبب الاستحقاق قبل التمام (ادعى حقا) مجهولا (فى دار فصولح على شئ) كمائة درهم مثلا (فاستحق بعضها) اى بعض الدار (لم يرجع) صاحب الدار (بشئ) من البدل (على المدعى) لجواز ان يكون دعواه فيما بقى وان قل (او) استحق (كلها) اى كل الدار (رد كل العوض) للعلم بانه اخذ عوض مالم يملكه فيرده (وان ادعاها) اى الدار كلها (فصولح على شئ) كمائة (فاستحق بعضها) اى بعض الدار (رجع بحصته) لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعى لايملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض (صالح من الدنانير على دراهم وقبضها) اى الدراهم (فاستحقت) اى الدراهم (بعد التفرق رجع بالدنانير) لان هذا الصلح فى معنى الصرف فاذا استحق البدل بطل الصلح فوجب الرجوع (جاز اعتاق مشتر من غاصب باجازة بيعه) يعنى لو غصب رجل عبدا وباعه فاعتقه المشترى فاجاز المالك بيع الغاصب جاز عتقه عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد لايجوز اذ لاعتق بدون الملك لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * لاعتق فيما لايملك ابن ادم * والموقوف لايفيد الملك ولو افاد

يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح له الملك الكامل للحديث ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشترى من الراهن واعتاق الوارث عبدا من تركة مستغرقة بالدين حيث يصح وينفذ اذا قضى الدين (لا بيعه) اى لايجوز بيع المشترى من الغاصب بعدما اجاز المالك بيع الغاصب اذ بالاجازة يثبت للبايع وهو المشترى الاول ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف فى محل واحد

(باع عبد غيره بغير امره وبرهن المشترى على اقرار البايع او المولى انه لم يأمر بالبيع واراد رد المبيع لم يقبل) للتناقض فى الدعوى اذ اقدامه على الشراء اقرار منه بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة مبنية على دعوى صحيحة فاذا بطلت لايقبل البينة (وان اقر البايع به عند القاضى بطل ان طلب المشترى) لان التناقض لايمنع صحة الاقرار لانه غير متهم فيه فان من انكر شيئا ثم اقر يصح اقراره بخلاف الدعوى لانه متهم فيه فللمشترى ان يساعده عليه فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشترى (باع دار غيره بلا امره واعترف بالغصب وانكر المشترى لم يضمن البايع) قال فى الكنز من باع دار غيره فادخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البايع وقال الزيلعى معنى المسئلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البايع بالغصب وانكر المشترى لم يضمن البايع الدار لان اقرار البايع لايصدق على المشترى ولابد من اقامة البينة حتى يأخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البايع لان الغاصب لايجوز بيعه فعلى هذا التقرير يعلم ان قوله وادخلها المشترى فى بنائه وقع اتفاقا اذ لاتأثير للادخال فى البناء فى ذلك ولهذا ترك تلك العبارة ههنا

*) باب السلم (*

(هو) لغة بمعنى السلف فانه اخذ عاجل بآجل سمى به هذا العقد لكونه معجلا على وقته فان وقت البيع بعد وجود المبيع فى ملك البايع والسلم عادة يكون بما ليس بموجود فى ملكه فيكون العقد معجلا وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى * اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى * فانها تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل وتأجيله بعد الحلول والسنة وهى قوله صلى الله تعالى عليه وسلم * من اسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم

والاجاع ويأباه القياس لانه بيع المعدوم لكنه ترك لما ذكر ولم يستدل بما روى انه صلى الله تعالى عليه وسلم * نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم لان محمد بن العز الحنفى قال فى حواشى الهداية هذا اللفظ هكذا لم يرو من احد من الصحابة فى كتب الحديث وكانه من كلام واحد من الفقهاء وشرعا (بيع الشئ على ان يكون) ذلك الشئ (دينا على البايع بشرائط معتبرة شرعا وسيأتى بيانها (والبايع) فى الاصطلاح (مسلم اليه والمشترى رب السلم والمبيع مسلم فيه والثمن رأس المال ويصح فيما يعلم قدره) اى مقداره اعم من الكيل والوزن والذرع (وصفته) اى جودته ورداءته ونحو ذلك (كالمكيل والموزون المثمن) احترازعن الدنانير والدراهم فانها من الموزونات لكنها ليست بمثمنة بل اثمان فلا يجوز فيها السلم (والعددى المتقارب كالجوز والبيض والفلس واللبن والآجر بملبن معين والذرعى كالثوب مبينا قدره) اى طوله وعرضه (وصفته) اى غلظه ورقته (ووزنه ان بيع به) اى بالوزن (فصح فى السمك المليح) اى القديد بالملح يقال سمك مليح ومملوح ولايقال مالح الا فى لغة ردية (والطرى حين يوجد) غير مقيد بوقت دون وقت حتى لو كان فى بلد لاينقطع يجوز مطلقا (وزنا وضربا) اى نوعا (معلومين) قيد للمالح والطرى (و) صح (فى الطست والقمقمة والخفين اذا عين) كل منهما بما يرفع النزاع (لا فيما لايعلمان) اى قدره وصفته عطف على قوله فيما يعلم قدره وصفته (كالحيوان واطرافه واللحم والجلود عددا) قيد للجلود (والحطب حزما) جمع حزمة وهى بالفارسية بندهيزم (والرطبة جرزا) جمع جرزة وهى بالفارسية دسته (والجوهر والخرز) بالتحريك الذى ينظم فان فى كل منها تفاوتا فاحشا يمنع السلم حتى ان بين الطول والعرض والصفة فى الجلود وقدر ما يشد به الحزمة جاز (والمنقطع) اى ولا فيما انقطع ولم يوجد من حين العقد (الى) حين (المحل) اى الاجل بان استغرق العدم جميع الوقت من العقد الى الاجل (و) لا (بكيل او ذراع معين لم يعلم قدره) لان التسليم يتأخر فيه فربما يضيع فيؤدى الى المنازعة (و) لا (ببر قرية او تمر نخلة معينة) اذ قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم (وشرط صحته بيان الجنس) كبر وشعير (والنوع) كسقية وبخسية (والصفة) كجيد وردى (والقدر) نحو كذا كيلا لاينقبض ولاينبسط (والاجل واقله شهر فى الاصح) وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم) وقدر رأس المال فى الكيلى والوزنى والعددى

يعنى يشترط بيان قدر رأس المال وان كان مشارا اليه فيما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود (المتقارب) كالجوز والبيض وقالا لايشترط معرفة القدر بعد التعيين بالاشارة حتى لوقال لغيره اسلمت اليك هذه الدراهم فى كر بر ولم يدر وزن الدراهم اوقال اسلمت اليك هذا البر فى كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لايصح عنده وعندهما يصح واجمعوا على ان رأس المال اذا كان ثوبا اوحيوانا يصير معلوما بالاشارة (ومكان ايفاء ما لحمله مؤنة والا) اى وان لم يكن لحمله مؤنة (فيوفيه حيث شاء) وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب فى الحال (كذا الثمن) اى الثمن المؤجل بان باع عبدا حاضرا ببر موصوف فى الذمة الى اجل حيث يشترط بيان مكان الايفاء (والقسمة) بان اقتسما دارا وشرط احدهما على صاحبه شيئا له حمل ومؤنة لزيادة غرس او بناء فى نصيبه يشترط بيان مكان الايفاء (والاجر) بان استأجر دارا اودابة بما لحمله مؤنة دينا فى الذمة يشترط بيان مكان الايفاء (وشرط بقائها) اى بقاء صحة السلم (قبض رأس ماله قبل الافتراق) فانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لاعن قبض (فان اسلم مائة نقدا ومائة على المسلم اليه فى كر بر بطل فى حصة الدين) لانتفاء القبض فى المجلس وجاز فى حصة النقد لاجتماع شرائطه ولايشيع الفساد لانه طارئ لوقوع السلم صحيحا ابتداء حتى لونقد رأس المال فى المجلس صح (لايتصرف فى رأس المال والمسلم فيه قبل القبض) اما الاول فلان فيه تفويت القبض الواجب بالعقد واما الثانى فلان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل قبضه لايجوز كما مر (بشركة) متعلق بقوله لايتصرف بان يقول رب السلم اعطنى نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك (اوتولية) بان يقول اعطنى مثل ما اعطيت المسلم اليه ليكون المسلم فيه لك (او نحوهما) وانما خصهما بالذكر لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وفرع على قوله لايتصرف الخ بقوله (فان تقايلا السلم لم يشتر) اى رب السلم من المسلم اليه (شيئا برأس المال حتى يقبضه كله) لئلا يلزم التصرف فى رأس المال قبل قبضه (اشترى كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح) يعنى اسلم كرا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل فلابد من الكيل

مرتين لنهى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان (وان امر مقرضه صح) يعنى ان لم يكن سلما وكان قرضا فامر مقرضه بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان (كذا) اى صح ايضا فى الصورة الاولى (لواشترى) المسلم اليه (كرا وامر رب السلم بقبضه له) اى لاجل المسلم اليه (ثم لنفسه ففعل) اى اكتاله للمسلم اليه ثم اكتاله لنفسه وانما صح لاجتماع الكيلين (ولو امره رب السلم) اى امر رب السلم المسلم اليه ان يكيل المسلم فيه (فى ظرف رب السلم فكان فى ظرفه بغيبته اوامر المشترى البايع فكان فى ظرفه) اى ظرف البايع (لم يكن قضاء) لان الامر بالكيل لم يصح لعدم مصادفته ملك الامر لان حقه فى الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا الظرف رب السلم وواضعا ملك نفسه فيها (بخلاف كيله فى ظرف المشترى بامره) يعنى لواشترى مثلا حنطة معينة فامر المشترى البايع ان يكيله فى ظرف المشترى بغيبته صار قابضا لانه ملك الحنطة بالشراء فامره صادف ملكه (كيل العين ثم كيل الدين فى ظرف المشترى قبض وعكسه لا) صورته رجل اسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى رب السلم من المسلم اليه كر حنطة بعينها ودفع رب السلم ظرفا الى المسلم اليه ليجعل الكر المسلم فيه والكر المشترى فى ذلك الظرف فان بدأ بكيل العين المشترى فى الظرف صار قابضا للعين لصحة الامر فيه وللدين المسلم فيه لمصادفته ملكه كمن استقرض حنطة وامر المقرض ان يزرعها فى ارضه وان بدأ بالدين لم يصر قابضا لشئ منهما اما الدين فلعدم صحة الامر فيه واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابى حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى به لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما (اسلم امة فى كر وقبضت) اى قبضها المسلم اليه (فتقايلا فماتت بقى) اى التقايل (اوماتت فتقايلا صح) اى التقايل (وعليه) اى على المسلم اليه (قيمتها) يوم قبضه (فيهما) اى فى الموت بعد التقايل وقبله يعنى اذا اشترى كرا بعقد السلم وجعل رأس المال امة وسلمها الى المسلم اليه ثم تقايلا عقد السلم ثم ماتت الامة فى يد المسلم اليه بقى التقايل واوماتت وتقايلا صح التقايل لان

الجارية رأس المال وهو فى حكم الثمن فى العقد والمبيع هو المسلم فيه وصحة الاقالة تعتمد قيام المبيع لا الثمن كما مر فهلاك الامة لا يغير حال الاقالة من البقاء فى الاولى والصحة فى الثانية فاذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فوجب عليه ردها وقد عجز عنه فوجب رد قيمتها (كذا المقايضة) وهى بيع العين بالعين كما مر (فى وجهيه) يعنى تبقى الاقالة وتصح بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففى الباقى يعتبر المبيعية وفى الهلاك الثمنية (بخلاف الشراء بالثمن فيهما) يعنى اذا اشترى امة بالف فتقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان الامة هى الاصل فى البيع فلا تبقى بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لعدم محلها (القول لمدعى الرداءة والاجل) اى اذا اختلف عاقدا السلم فى شرط الرداءة والاجل فالقول لمدعيهما اما الرداءة فبان يقول المسلم اليه شرطنا الردى وقال رب السلم لم يشترط شيئا ليكون العقد فاسدا فالقول للمسلم اليه لان رب السلم متعنت فى انكاره الصحة لان المسلم فيه زائد على رأس المال عادة ولو ادعى رب السلم شرط الرداءة وقال المسلم اليه لم نشترط شيئا فالقول لرب السلم لانه يدعى الصحة وبالجملة القول فى الصورتين لمدعى الصحة عنده وللمنكر عندهما واما الاجل فايهما ادعاه فالقول له عنده لانه يدعى الصحة وللمنكر عندهما (للاستصناع وهو ان يقول لصانع كالخفاف اصنع لى من مالك خفا من هذا الجنس بهذه الصفة بكذا (باجل) كان يقول الى شهر مثلا (سلم) سواء (تعاملوا) نحو خف وطست وقمقمة ونحوها (اولا) كالثياب ونحوها اما كون الاستصناع باجل سلما اذا لم يتعاملوا فبالوفاق واما اذا تعاملوا فعند ابى حنيفة يصير سلما وعندهما لا لان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على مقتضاه ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح وله انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى (و) الاستصناع (بدونه) اى بدون الاجل (صح) استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل من زمن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم الى يومنا هذا وفى القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يصح (بيعا لا عدة) كما نقل عن الحاكم الشهيد وفرع على قوله صح بيعا بقوله (فالصانع يجبر على عمله) ولو كان

عدة لم يجبر و بقوله (والآمر لا يرجع عنه) ولو كان عدة لجاز رجوعه (المبيع هو العين لا عمله) كما ذهب اليه ابو سعيد البردعى قولا بان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل وفرع على كونه العين بقوله (فلو جاء) اى الصانع (بما صنعه قبل العقد اوغيره) عطف على ضمير صنعه وجاز للفصل (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح (ولا يتعين) اى المبيع (له) اى للآمر (بلا رضاه) فصح بيعه قبل رؤية الآمر) ولو تعين له لما صح بيعه (وله) اى للآمر (الخيار) بعد رؤيته لانه اشترى ما لم يره (ولم يصح) اى السلم (فى غير المتعامل كالثوب الا باجل) يعنى لو امر حائكا ان ينسج له ثيابا بغزل من عنده بدراهم معلومة لم يجز اذ لم يجر فيه التعامل فبقى على الاصل القياس الا اذا شرط فيه الاجل و بين شرائط السلم فحينئذ يجوز بطريق السلم

(*) مسائل شتى (*)

جمع شتيت بمعنى المتفرق (صح بيع كل ذى ناب اومخلب) كالكلب والفهد والسباع والطيور الجوارح علمت اولا لانه مال متقوم آلة الاصطياد (الا الخنزير) لانه نجس العين (والذمى فيه) اى فى البيع (كالمسلم) لقوله صلى الله عليه وسلم * فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين (الا فى بيع الخمر والخنزير) فان عقدهم فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة (وميتة لم تمت حتف انفها) فانها كالخنزير وانما قال لم تمت حتف انفها لانها لو ماتت كذلك بطل بيعها اتفاقا لانها ليست بمال عند احد وقدم فى البيع الفاسد وفرع على قوله والمسلم فيه كالذمى بقوله (فاذا اشترى) اى الذمى (عبدا مسلما او مصحفا يصح لدخوله تحت اطلاق الحديث (و يجبر على بيعه) لان فى ابقائه فى يده اذلالا له (وطئ زوج المشتراة قبض لا نكاحها) يعنى اذا اشترى جارية وزوجها قبل قبضها صح فان وطئها زوجها فقد قبضت للمشترى والا فلا يكون بمجرد تزويجها قابضا لها (اشترى عبدا فغاب فبرهن البايع على بيعه) وعدم قبض ثمنه (ان علم مكانه لم يبع لدينه) اى دين البايع لامكان ان يصل البايع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشترى (والا) اى وان لم يعلم مكانه (بيع العبد) وادى الثمن لان ملك المشترى ظهر باقرار البايع فيظهر على الوجه الذى اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضى كالراهن اذا مات مفلسا يبيع القاضى الرهن و يقضى الدين (وان اشتريا) اى ان كان

المشترى اثنين (وغاب احدهما فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه) اى المبيع (وحبسه حتى ينقد شريكه) لانه مضطر فى الدفع اذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقى شئ والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى ان يستوفى حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه (باع) شيئا (بالف مثقال ذهب وفضة تنصفا) اى الذهب والفضة (به) اى بالمثقال بان يجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة مثقال من الفضة لانه اضاف المثقال اليهما على السواء (و) باع شيئا (بالف من الذهب والفضة تنصفا) اى الذهب والفضة (بمثقال ودرهم وزن سبعة) اى يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود فى كل منهما (قبض زيفا عن جيد بلا علم وتلف او اتلف كان قضاء) يعنى اذا كان له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابى ح ومحمد وقال ابو يوسف يرد زيوفه ويرجع بجياده لان حقه فى الوصف مرعى كحقه فى الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف اذ لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب الرجوع الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا فى الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها للمامر ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له كذا فى الكتب المشهورة قال صدر الشريعة يرد عليه ان مثل هذا فى الشرع كثير فان جميع تكاليف الشرع من هذا القبيل لانها ايجاب ضرر قليل لاجل نفع كثير اقول ليس شئ من تكاليف الشرع من هذا القبيل فان الضرر فيها دنيوى والنفع اخروى ولا يجوز للعبد ترك النفع الاخروى لانه حق الله تعالى بخلاف ما نحن فيه فان الضرر والنفع فيه دنيويان ويجوز للعبد ترك النفع الدنيوى لانه حقه ولهذا جاز التجوز به كما مر وبالعثور على صدور امثال هذا عن هذا الفاضل يتبادر الى الظن انه كثيرا ما يغفل عن دقايق هذا الفن (افرخ طير او باض او تكنس ظبى فى ارضه) قيد للجميع (كان) كل من الفرخ والبيض وولد الظبية (للاخذ) لا لرب الارض لانه مباح سبقت يده اليه (كصيد تشبث بشبكة نصبت للجفاف ودرهم او سكر نثر فوقع على ثوب لم يعد له) اى سابقا (ولم يكف) اى لاحقا حتى اذا اعد الثوب لذلك

فهو لصاحب الثوب وكذا اذا لم يعد لكن لما وقع فيه كفه صار بهذا الفعل له بخلاف ما اذا عسل النحل فى ارضه لانه عد من انزاله يملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع فيها بجريان الماء (ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط) ههنا اصلان احدهما ان كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وهو فى المعاوضات المالية لا غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربوا هو الفضل الخالى عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة كما مر هى زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلايمه فيكون فيها فضل خال عن العوض وهو الربوا ولا يتصور ذلك فى المعاوضات الغير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحوها ولا فى التبرعات كالهبة بل يفسد الشرط ويصح التصرف وثانيهما ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز فى التمليكات لانه من باب القمار وما هو من باب الاسقاط المحض الذى يحلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك كالطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريضات قال صلى الله تعالى عليه وسلم *من قتل قتيلا فله سلبه* وهو اربعة عشر (البيع) وقد مر بيانه فى البيع الفاسد (واجازته) فان اجازة البيع كالبيع حتى لو قال ان زاد فلان فى الثمن فقد اجزت البيع بطلت الاجازة (والقسمة والاجارة) فان فى الاولى معنى المبادلة وفى الثانية معنى تمليك المنفعة والاجرة (والرجعة) فانها استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط (والصلح عن مال) بمال فيكون معاوضة مال بمال فيكون بيعا (والابراء عن الدين) فانه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات (الا اذا علق بكائن) اى بشرط واقع حتى لو قال لمديونه مالى بمن ده بشريك فقال تو دادم فقال المدعى اكر داده بير ارشدم ازتو داده است صحت البراءة لان هذا تعليق الابراء بشرط كائن كذا فى الاستروشنية (وعزل الوكيل والاعتكاف) فانهما ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط (والمزارعة والمعاملة) فانهما اجارة لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط (والاقرار) فانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان كذبا لا يكون صدقا لفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق فى الايجابات ليتبين انه ليس بواقع قبل وجود الشرط (والوقف) فان فيه تمليك المنفعة

(والتحكيم) فانه تولية صورة وصلح معنى اذ لايصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار انه صلح لايصح تعليقه ولا اضافته و باعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك (وما لايبطل به) اى بالشرط الفاسد ستة وعشرون (القرض و الهبة و الصدقة و النكاح و الطلاق و الخلع والعتق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة الا اذا كان الفساد فى صلب العقد) صلب الشى مايقوم به ذلك الشئ وقيام البيع بالعوضين فكل فساد يكون فى احد العوضين يكون فسادا فى صلب العقد قال الزيلعى الكتابة انما لاتفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل فى صلب العقد بان كاتبه على ان لايخرج من البلد او على ان لا يعامل فلانا فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط و اما اذا كان الشرط داخلا فى صلب العقد بان كاتبه المسلم على خمر او خنزير فانه تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال فى حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال فى حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد اذا كان المفسد فى صلب العقد ولشبهها بالنكاح لاتبطل بالشرط الزائد اقول بهذا يعلم ان ما قال فى الاستروشنية والعمادية اولا وتعليق الكتابة بالشرط لايجوز وانها تبطل بالشرط الفاسد مبنى على كون الفساد فى صلب العقد و ماقالا ثانيا الكتابة بشرط متعارف و غير متعارف تصح ويبطل الشرط مبنى على كون الشرط زائدا ليس معه فساد فى صلب العقد ولهذا قيد الشرط فى الاول بالفاسد دون الثانى فلا وجه لما قال بعض المتصلفين هذا الكلام لايتم على اطلاقه لانه لو كاتب عبده بشرط ان لايخرج من المدينة صح الكتابة و بطل الشرط ففى هذه الصورة لم تبطل الكتابة بفساد الشرط (واذن العبد فى التجارة) بان اذن المولى لعبده بشرط ان يوقت بشهر اوسنة اونحوهما (ودعوة الولد) بان يقول المولى ان كان لهذه الامة حمل فهو منى (والصلح عن دم العمد) وكذا الابراء عنه ولم يذكروه اكتفاء بالصلح اذ ليس بينهما كثير فرق فان الولى اذا قال للقاتل عمدا ابرأت ذمتك على ان لاتقيم فى هذه البلدة مثلا اوصالح معه عليه صح الابراء والصلح ولايعتبر الشرط (وعن الجراحة التى فيها القصاص) فان الصلح اذا كان عن القتل الخطأ او الجراحة التى فيها الارش كان من القسم الاول (و) الصلح

عن جناية الغصب) اى المغصوب (و) جناية (الوديعة او العارية اذا ضمنها اى موجبات الصلح فى الصور المذكورة (رجل وشرط فيها كفالة او حوالة) فان الصلح صحيح والشرط باطل (وعقد الذمة) فان الامام اذا فتح بلدة واقر اهلها على املاكهم وشرطوا مع الامام فى عقد الذمة ان لايعطوا الجزية بطريق الاهانة كما هو المشروع فالعقد صحيح و الشرط باطل (والرد بالعيب و بخيار الشرط) بان يقول المشترى ان لم ارد هذا الثوب المعيب عليك اليوم فقد رضيت بالعيب وكذا الرد بخيار الشرط كان يقول ابطلت خيارى غدا وله الخيار اكثر من ذلك بطل الشرط وله الرد بالعيب وخيار الشرط (وعزل القاضى) بان يقول الامام للقاضى اذا وصل كتابى اليك فانت معزول قيل يصح الشرط ويكون معزولا وقيل لايصح الشرط ولايكون معزولا وبه يفتى كذا فى العمادية والاسترو شنية وانما لم يبطل هذه التصرفات بالشرط الفاسد لانها اما من معاوضات غير مالية او من تبرعات او من اسقاطات (ومايصح اضافته الى المستقبل) اربعة عشر (الاجارة وفسخها) اما الاجارة فلانها تمليك المنافع ووجودها لايتصور فى الحال فتكون مضافة ضرورة وهو معنى قول علمائنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها واما فسخها فعتبر بها فيجوز مضافا كما ان فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لايجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع اقول هكذا وقعت العبارة منضما فسخ الاجارة الى الاجارة فى الفصولين وغيرهما من المعتبرات ووجهه ماذكرو بعد ذلك نقل فى الفصولين مايخالفه حيث قيل ذكر فى فتاوى القاضى ظهير الدين لو قال اجرتك دارى هذه رأس كل شهر بكذا جاز فى قولهم ولو قال اذا جاء رأس الشهر فقد فاسختك لم يصح اجماعا كذا ذكر فى فوائد صاحب المحيط ولو قال فاسختك غدا هل يصح الفسخ المضاف لارواية لهذا واختلف المشايخ فيه واختار ظهير الدين انه لايصح فبين الكلامين تناف ظاهر فليتأمل (والمزارعة والمعاملة) فانهما اجارة حتى ان من يجيزهما لايجيزهما الا بطريقها ويراعى فيهما شرائطها (والمضاربة والوكالة) فانهما من باب الاطلاقات والاسقاطات فان تصرف المضارب والوكيل قبل العقد والتوكيل فى مال المالك والموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالعقد والتوكيل اسقطه فيكون اسقاطا فيقبل التعليق (والكفالة) فانها من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان

و تعليقها بالشرط الملايم كما تقرر فى موضعه بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط مطلقا لما ذكر (والايصاء) اى جعل الشخص وصيا (والوصية) بالمال فانهما لايفيدان الابعد الموت فيجوز تعليقهما واضافتهما (والقضاء والامارة) فانهما تولية وتفويض محض فجاز اضافتهما (والطلاق والعتاق) فانهما من باب الاطلاقات والاسقاطات وهو ظاهر (والوقف) فان تعليقه الى مابعد الموت جائز (ومالا يصح) اضافته الى المستقبل عشرة (البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين) فان هذه الاشياء تمليكات فلايجوز اضافتها الى الزمان كما لايجوز تعليقها بالشرط لمافيه من معنى القمار

❋) باب الصرف (❋

عنونه الاكثرون بالكتاب وهو لايناسب لكونه من انواع البيع كالربوا والسلم فالاحسن مااختير ههنا (هو) لغة بمعنى الفضل فسمى به هذا العقد اذلاينتفع بعينه ولايطلب منه الاالزيادة و بمعنى النقل فسمى به لاحتياجه فى بدليه الى النقل من يد قبل الافتراق وشرعا (بيع الثمن بالثمن) اى ماخلق للثمنية كالذهب والفضة سواء كان (جنسا بجنس او بغيره) كبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة اوالذهب بالفضة او بالعكس (فان تجانسا) اى الثمنان بان يكونا ذهبين اوفضتين (لزم التساوى والتقابض) لمامر فى الربوا من قوله صلى الله تعالى عليه وسلم ❋ الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا (قبل الافتراق) بالابدان حتى لوذهبا يمشيان فى جهة واحدة اوناما اواغمى عليهما فى المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح وقد قال عمر رضى الله تعالى عنه وان وثب من سطح فثب معه بخلاف خيار المخيرة اذالتخيير تمليك فيبطل بمايدل على الرد والقيام دليله (ولو) وصلية (اختلفا) اى المتجانسان (جودة وصياغة) اذلاعبرة لهما لمامر فى الربوا (والا) اى وان لم يتجانسا (فالتقابض) لمامر ان احد جزئى العلة يحرم النساء (فلو باع احدهما بالآخر) اى احد مختلفى الجنس يعنى الذهب بالفضة او بالعكس (جزافا او بفضل وتقابضا فيه) اى المجلس (صح) لم يذكر التساوى لانه ليس محل الاشتباه (ولايتعينان) اى لايتعين العوضان فى الصرف كسائر العقود حتى اذا لم يكن عند العاقدين شئ فاستقرضا فاديا قبل افتراقهما اواستحق كل من العوضين فاعطى كل منهما صاحبه

بدل ما استحق من جنسه اوامسكا مااشار اليه فى العقد واعطيا مثلهما جاز (ويفسد) اى الصرف (بخيار الشرط) اذيمتنع به استحقاق القبض مابقى الخيار لان استحقاقه مبنى على الملك والخيار يمنعه (والاجل) لانه يمنع القبض الواجب (ويصح) الصرف (ان اسقطا) اى خيار الشرط والاجل (فى المجلس) لارتفاع المفسد قبل تقرره (ظهر بعض البدل زيفا فرد انتقض فيه فقط) اى انفسخ الصرف فى المردود و يبقى فى غيره لارتفاع القبض فيه فقط (ولايتصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه) لانه واجب حقا لله تعالى وفى تجويزه فواته (فلو شرى به) اى بثمن الصرف (ثوبا فسد) بان باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى اشترى بها ثوبا فسد (اشترى امة مع طوق ذهب قيمة كل الف درهم بالفين نسيئة فسد فى الكل) امافى الصرف فلفوات التقابض واما فى الامة فلان المفسد مقارن للعقد وقد تقرر فى الكل معنى من حيث ان قبول العقد فى البعض شرط لقبوله فى الباقى (ولو نقد الفا) يعنى فى المسئلة السابقة (او اشتراهما) اى الامة والطوق (بالفين احدهما نقد والآخر نسيئة فهو ثمن الطوق) امافى الاولى فلان قبض حصة الطوق فى المجلس واجب لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب واما فى الثانية فلان الاجل باطل فى الصرف جائز فى بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر من العاقدين (وان) وصلية (لم يبين) انه ثمن الطوق (اوقال) خذ هذا (من ثمنهما) اما اذا لم يبين فظاهر لانه لما باع قصد الصحة ولاصحة الابان يجعل المقبوض فى مقابلة الفضة واما اذا قال خذ هذا من ثمنهما فلان معناه خذ هذا على انه بعض ثمن مجموعهما لظهور ان الالف ليس ثمن المجموع وثمن الفضة بعض ثمن المجموع فيحمل عليه تحريا للجواز (كذا اذا باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها) اى الحلية (ان تخلص بلاضرر) وكان المقبوض حصة الحلية وان لم يبين ذلك لما ذكرنا وكذا اذا قال خذ هذا من ثمنهما لمامر فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد فى الحلية لانه صرف فيها (والا) اى وان لم تخلص بلاضرر (بطل) العقد (فيهما) اى السيف والحلية اما الحلية فلمامر واما السيف فلانه لايمكن تسليمه بغير ضرر ولهذا لم يجز افراده بالعقد كالجذع فى السقف (باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه و افترقا صح فيما قبض واشتركا فى الاناء) لانه صرف كله وصح فيما وجد شرطه و بطل فيما لم يوجد

فالفساد طار لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلايشيع (وان استحق بعضه اخذ المشترى باقيه بقسطه اورده) لان الشركة عيب فى الاناء (وان استحق بعض قطعة نقرة بيعت اخذ الباقى بقسطه بلاخيار) لان التبعيض لايضره (صح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين و) بيع (كر بر وكر شعير بضعفهما اى كرى بر وكرى شعير وعند زفر والشافعى لايصح لانه قابل الجملة بالجملة ومن ضرورته الانقسام على الشيوع وفى صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه قلنا المقابلة المطلقة تحتمل الصرف المذكور فتحمل عليه تصحيحا للتصرف وليس فيه تغيير اصل التصرف بل وصفه اذموجبه ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل وهو حاصل بهذا الوجه (و) صح بيع (احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) بان يكون عشرة بعشرة دراهم ودرهم بدينار بالطريق المذكور (و) صح بيع (درهم صحيح و درهمين غلة) وهى مايرده بيت المال و يأخذه التجار (بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) لتحقق التساوى فى الوزن وسقوط اعتبار الجودة (من له على آخر عشرة دراهم فباع من هى) اى العشرة (عليه دينارا بها) اى بعشرة عليه (صح) بالاجماع ويقع المقاصة بنفس العقد (وان باعه) اى الدينار (بعشرة مطلقة) اى غير مقيدة بكونها عليه (ودفعه) اى الدينار (وتقاصا العشرة بالعشرة صح ايضا) اذصار لكل واحد منهما على الاخر عشرة دراهم فتقاصا العشرة بالعشرة فيكون التقاص فسخا لبيع الدينار بالعشرة المطلقة وبيعا للدينار بعشرة على عمرو اذ لولم يحمل عليه لكان استبدالا ببدل الصرف (الغالب الفضة) من الدراهم (و الغالب الذهب) من الدنانير (فضة وذهب حكما) و يعتبر فيهما من تحريم التفاضل مايعتبر فى الجياد (فلايصح بيع الخالص به) اى بالخالص (ولا) بيع (بعضه) اى بعض الغالب الفضة والذهب (ببعض) منه (الامتساويا وزنا) وكذا لايجوز الاستقراض بها الا وزنا و ذلك لان النقود لا تخلوا عن قليل غش عادة فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردى سواء (والغالب الغش منهما) اى الدراهم والدنانير (فى حكم العروض) اعتبارا للغالب (فصح بيعه) اى بيع الغالب الغش (بالخالص) من الدراهم والدنانير (ان كان) اى الخالص (اكثر) من المغشوش صرفا للجنس الى الجنس وغيره الى الزائد (و) صح بيعه ايضا (بجنسه متفاضلا) صرفا للجنس الى خلاف الجنس (بشرط التقابض فى المجلس) فى الصورتين

وانما

وانما شرط لان القبض فى الخالص شرط فشرط فى الغش لعدم التمييز (وان كان) اى الخالص (مثله) اى مثل الغالب الغش (اواقل) منه (اولا يدرى فلا) اى لايصح البيع للربو فى الاولين اولاحتماله فى الثالث (واذاراج) يعنى الغالب الغش (لم يتعين بالتعيين والا) اى واذالم يرج (يتعين به) لانه مادام يروج كان ثمنا فلايتعين بالتعيين والافهو سلعة فيتعين بالتعيين وان كان يقبله البعض دون البعض فهو كالزيوف لايتعلق العقد بعينه بل بجنسه زيفا ان كان البايع يعلم حاله لتحقق الرضاء منه وبجنسه من الجياد ان لم يعلم لعدم رضاه (فالمبايعة والاستقراض بما يروج منه يكون وزنا اوعددا او بهما) اى ان كان يروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيه يكون بالوزن وان كان يروج بالعدد فبالعدد وان كان يروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المتعارف فيما لا نص فيه (والمتساوى كغالب الخالص فى المبايعة و الاستقراض) حتى لايجوز البيع بها ولااقراضها الابالوزن بمنزلة الدراهم (الردية) ولاينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لان الخالص موجود فيها حقيقة ولم يصر مغلوبا فيجب اعتبارها بالوزن شرعا الاان يشار اليها كما فى الخالص (وكغالب الغش فى الصرف حتى اذاباعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار ولوباعها بالخالص لم يجز حتى يكون الخالص اكثر مما فيه من الخالص فان احدهما لمالم يغلب على الاخر وجب اعتبارهما (اشترى شيئا به) اى بالغالب الغش (او بفلوس نافقة فكسد) واحد منهما (قبل التسليم بطل البيع) عندابى حنيفة لان الثمن هلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح ولم يبق فبقى بيعا بلاثمن فبطل واذابطل (فيرد المبيع ان قام) ولم يهلك (والا فمثله) ان كان مثليا (اوقيمته) ان كان قيميا (صح) اى البيع (بفلوس نافقة بلاتعيين) لانه ثمن بالاصطلاح (و بكاسدة به) اى بالتعيين لانه سلعة فلابد من تعيينه (استقرض فلوسا فكسدت ردمثلها) عندابى حنيفة لانه اعارة وموجبها ردالعين معنى وذا بالمثل والثمنية فضل فيه اذصحة استقراضه لم يكن باعتبار ثمنيته بل لانه مثلى و بالكساد لم يخرج من كونه مثليا ولذاصح استقراضه بعد الكساد (شرى بنصف درهم فلوس اودانق فلوس اوقيراط فلوس صح) وقال زفر لايصح لانه اشترى بالفلوس فانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلابد من بيان عددها قلنا مايباع بنصف الدرهم من الفلوس اوالدانق معلوم عندالناس فاغنى

عن البيان (وعليه) اى على المشترى ان يدفع الى البايع (قدر ما يباع بها) اى بنصف درهم اودانق اوقيراط (منها) اى من الفلوس (قال مشتر لمن اعطاه درهما) من الصيارفة (اعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا) اى ماضرب من الفضة على وزن نصف درهم (الاحبة فسد) اى البيع (فى الكل) للزوم الربوا (بخلاف اعطنى نصف درهم فلوس ونصفا الاحبة) اذ يكون النصف الاحبة بمثله وما بقى بالفلوس (ولو كرر اعطنى) بان قال اعطنى بنصفه فلوسا واعطنى بنصفه نصفا الاحبة (صح) اى البيع (فى الفلوس فقط) ولم يصح فى نصف درهم الاحبة لانه لما كرر صار عقدين وفى الثانى ربوا وفساد احد البيعين لايوجب فساد الآخر

﴿ تذنيب ﴾

لكتاب البيع (بيع الوفاء قيل رهن) قال الشيخ الامام نجم الدين النسفى فى فتاواه البيع الذى تعارف اهل زماننا احتيالا للربوا وسموه بيع الوفاء هو فى الحقيقة رهن وهذا المبيع فى يد المشترى كالرهن فى يد المرتهن لا يملكه ولا يطلق له فى الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما كله من ثمره اواستهلكه من شجره والدين يسقط بهلاكه اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه فى الزيادة اذا هلك من غير صنعه وللبايع استرداده اذا قضى دينه لافرق عندنا بينه وبين الرهن فى حكم من الاحكام لان المتعاقدين وان سمياه بيعا ولكن غرضهما الرهن والاستيفاء بالدين لان البايع يقول لكل احد بعد هذا العقد رهنت ملكى فلانا والمشترى يقول ارتهنت ملك فلان والعبرة فى التصرفات للمقاصد والمعانى لا الالفاظ والمبانى فان اصحابنا قالوا الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة وهبة الحرة نفسها بحضرة الشهود مع تسمية المهر نكاح والاستصناع الفاسد اذا ضرب فيه الاجل سلم ونظائره كثيرة وكان الامام السيد ابو شجاع على هذا (وقيل بيع) ذكر فى مجموع النوازل اتفق مشايخنا فى هذا الزمان على صحته بيعا على ما كان عليه بعض السلف (لانهما) تلفظا بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه والعبرة للملفوظ ايضا دون المقصود فان من تزوج امرأة ومن نيته ان يطلقها بعد ما جامعها صح العقد (وقيل) قائله قاضيخان (الصحيح انه) اى العقد الذى جرى بينهما (ان كان بلفظ البيع لايكون رهنا) لان كلا منهما عقد مستقل شرعا لكل منهما احكام مستقلة بل يكون بيعا (فان شرطا) اى العاقدان (الفسخ فيه) اى فى العقد

(فسد) لان البيع يفسد به (كذا) اى يفسد ايضا (ان لم يشترطاه) اى الفسخ (و) لكن (تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء) لان هذا الشرط مفسد له (او) تلفظا (بالبيع الجائز وعندهما) اى والحال ان فى زعمهما (هو بيع غير لازم) فانه ايضا يفسد حينئذ عملا بزعمهما (وان ذكرا) اى العاقدان (البيع من غير شرط ثم ذكراه) اى الشرط (على وجه الميعاد جاز) اى البيع لخلوه عن المفسد (ويلزم الوفاء به) لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس (صح) بيع الوفاء فى العقار استحسانا للتعامل واختلف فى المنقول) قيل يصح لعموم الحاجة وقيل لايصح لخصوص التعامل

﴿ كتاب الشفعة ﴾

لما فرغ عن البيع بانواعه شرع فيما يترتب عليه وهذا احسن من تأخيرها الى اواخر الكتب كما وقع فى سائر الكتب (هى) لغة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع وشرعا (تملك العقار وهو الضيعة وقيل ماله اصل من دار وضيعة كذا فى المغرب (وما فى حكمه) كالعلو قال فى الكافى العلو يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة فى السفل وان لم يكن طريق العلو فى السفل لانه التحق بالعقار بماله من حق القرار (جبرا على مشتريه بمثل) متعلق بالتملك (ما قام عليه) من الثمن (وتثبت) اى الشفعة (بعد البيع للخليط) اى الشريك (فى نفس المبيع ثم) اى بعد ما سلمها تثبت للخليط (فى حقه) اى حق المبيع (كالشرب والطريق الخاصين) معنى خصوصهما ان يكون الشرب من نهر لا يجرى فيه السفن وان لا يكون الطريق نافذا (ثم) اى بعد ما سلمها تثبت (للجار ملاصق ولو ذميا او مأذونا او مكاتبا) لاطلاق ماروى من قوله صلى الله تعالى عليه وسلم * الشفعة لشريك لم يقاسم * وقوله صلى الله عليه وسلم * جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد جار هو شريك فى الطريق ويثبت الحكم فى الشرب دلالة لان الشفعة انما تثبت بالشركة فى الطريق باعتبار الخلطة وقد وجدت فى الشرب (بابه فى سكة اخرى) فان بابه ان كان فى تلك السكة كان خليطا فى حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا صورته منزل مشترك بين اثنين فى دار هى لقوم فى سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك فى المنزل احق

بالشفعة فان سلم فالشركاء فى الدار احق من الشركاء فى السكة لانهم اقرب للشركة بينهم فى صحن الدار فان سلموا فاهل السكة احق للشركة فى الطريق فان سلموا فللجار الملاصق وهو الذى على ظهر هذا المنزل وباب داره فى سكة اخرى (ولو) وصلية اى ولو كان الجار الملاصق (واضع الجذع على حائطه) اى حائط المبيع (اوشريكا) للبايع (فى خشبة عليه) اى على الحائط فان الجار بهذا المقدار لايكون خليطا فى حق المبيع ولايخرج عن كونه جارا ملاصقا كذا فى الهداية و الكافى وغيرهما وهذه العبارة احسن من عبارة الوقاية لان المتبادر منها تغايرهما للجار (على عدد الرؤس) متعلق بقوله وتثبت (لاقدر الملك) وعند الشافعى تثبت على قدر الملك صورته دار بين ثلثة لاحدهم نصفها وللآخر سدسها وللثالث ثلثها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الاخران الشفعة قضى بالشقص المبيع بينهما عند الشافعى اثلاثا بقدر ملكهما وان باع صاحب السدس قضى بينهما اخماسا وان باع صاحب الثلث قضى بينهما ارباعا وعندنا يقضى بينهما نصفين فى الكل (وتستقر) عطف على تثبت اى تستقر الشفعة (بالاشهاد) اذ لابد من طلب المواثبة لان حق الشفيع ضعيف يبطل بالاعراض فاذا اشهد ابتداء على طلبها تيسر اخذ المقصود بحكم القاضى ولم يبق حاجة الى اليمين على ماسيأتى (ويملك) اى العقار وما فى حكمه (بالقضاء اوالاخذ بالرضا) بين الشفيع والمشترى قال فى الوقاية والكنز ويملك بالاخذ بالتراضى او بقضاء القاضى وصرح شارحاهما بان قوله او بقضاء القاضى عطف على الاخذ لا على التراضى لان القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل اخذه ولما كان عبارة المتن موهمة لعطف بقضاء القاضى على التراضى بل ظاهرة فيه غير العبارة الى ماهو احسن منها ثم اذا ثبت الملك للشفيع قبل اخذه بعد حكم القاضى كان هذه العبارة احسن من عبارة الهداية ايضا حيث قال ويملك بالاخذ اذا سلمها المشترى اوحكم بها حاكم لان قوله اوحكم عطف على سلم فيلزم ان يكون الاخذ معتبرا فى كل من تسليم المشترى وحكم القاضى وليس كذلك فى الثانى (ويطلبها) اى الشفيع الشفعة اعلم ان الطلب ههنا ثلثة طلب المواثبة وطلب الاشهاد والتقرير وطلب الاخذ والتملك ذكر الاول بقوله ويطلبها الشفيع (فى مجلس علمه بالبيع بسماعه) متعلق بالعلم (من رجلين اورجل وامرأتين اوواحد عدل) وقالا يكفى واحد حرا كان اوعبدا صبيا

اوامرأة اذا كان الخبر صدقا (وان امتد) اى المجلس لانه لما ثبت له خيار التملك احتيج الى زمان التأمل كما فى المخيرة فلو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله اولاحول ولاقوة الابالله اوسبحان الله لايبطل شفعته لان الاول حمد لله تعالى على الخلاص من جوار البايع مع الامن من ضرر الدخيل بالشفعة والثانى تعجب منه بقصد اضراره والثالث لافتتاح الكلام كما هو عرف بعض الناس فلايدل شئ منه على الاعراض (بلفظ) متعلق بيطلبها (يفهم منه طلبها) كطلبت الشفعة او انا طالبها اواطلبها ونحو ذلك فان العبرة للمعنى وفى العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب للحال لا الخبر عن امر ماض اومستقبل حتى قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل اذا سمع بيع ارض بجنب ارضه فقال شفعة شفعت شفعة كان ذلك منه طلبا كذا فى الكافى (وقيل تبطل بادنى سكوت) حتى لواخبر بكتاب والشفعة فى اوله اووسطه فقرأ الكتاب الى اخره بطلت شفعته وقال فى الايضاح الاول اصح (ويسمى) هذا الطلب (طلب مواثبة) ليدل على غاية التعجيل كان الشفيع يثب و يطلب الشفعة والاشهاد فيه ليس بلازم وانما الاشهاد لمخافة الجحود كذا فى الهداية و الكافى وسيأتى له زيادة تحقيق ان شاء الله تعالى وذكر الثانى بقوله (ثم يشهد عند الدار) لان الحق متعلق بها (اوعلى البايع) ان كان الدار فى يده ولم تسلم الى المشترى فانها اذا سلمت اليه لم يصح الاشهاد عليه لخروجه عن ان يكون خصما اذ لايد له ولاملك (اوالمشترى) وان لم يكن ذا يد لانه مالك (قائلا) حال من ضمير يشهد (اشترى فلان هذه الدار وانا شفيعها وكنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا عليه ويسمى طلب اشهاد) وهذا الطلب واجب حتى اذا تمكن من الاشهاد عند الدار اوعلى ذى اليد ولم يشهد بطلت شفعته فاذا كان فى مكان بعيد فسمع فطلب طلب مواثبة وعجز عن طلب الاشهاد عند الدار اوعلى ذى اليد يوكل وكيلا ان وجد والا يرسل رسولا اوكتابا فان لم يجد فهو على شفعته فاذا حضر طلب وان وجد ولم يفعل بطلت شفعته كذا فى الذخيرة (واذا اشهد فى الاول) يعنى طلب المواثبة (عند احدها) اى عند الدار اوالبايع اوالمشترى (استغنى عنه) اى عن الاشهاد فى الثانى لقيامه مقام الطلبين نقله فى الكافى عن الفتاوى الظهيرية وفى شرح الهداية عن مبسوط شيخ الاسلام وانما قال عند احدها لان الاشهاد على مجرد طلب المواثبة بلا حضور واحد مما ذكر لايقوم مقام الطلبين بلا خفاء (ثم يطلب

(عندقاض قائلا اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بدار كذا فمره يسلم الى و يسمى طلب تمليك وخصومة وبتأخيره مطلقا) اى شهرا كان او اكثر (لاتبطل) اى الشفعة عند ابى حنيفة وقال محمد اذا تركه شهرا بلا عذر بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر لانها لولم تسقط به تضرر المشترى اذ لايمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدر بشهر لانه آجل ومادونه عاجل كما مر فى الايمان قال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على هذا لتغير احوال الناس فى قصد الاضرار بالغير واختاره فى الوقاية وجه قول ابى حنيفة وهو ظاهر المذهب ان حقه قد تقرر شرعا فلايبطل بتأخيره كسائر الحقوق الاان يسقطها بلسانه و ماذكر من الضرر يمكنه ان يدفع بان يرفع الامر الى القاضى حتى يأمر الشفيع بالاخذ اوالترك فتى لم يفعل فهو المضر بنفسه (وبه يفتى) كذا فى الهداية والكافى ولو علم انه ليس فى البلدة قاض لاتبطل شفعته بالتأخير اتفاقا اذ لا يتمكن من الخصومة الاعندالقاضى فكان عذرا (واذاطلب) اى الشفيع الشفعة عند القاضى (سأل القاضى الخصم عن مالكية الشفيع لمايشفع به فان اقر بها اونكل عن الحلف على العلم) بان يحلف بالله مايعلم انه مالك الدار التى يشفع بها (او برهن الشفيع) بكونه مالكا لمايشفع به (سأله) اى سأل القاضى المدعى عليه (عن الشراء فان اقر به اونكل عن اليمين على الحاصل اوالسبب) فان ثبوت الشفعة ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله مايستحق هذا الشفيع الشفعة على وان كان مختلفا فيه كشفعة الجوار يحلف على السبب بالله مااشتريت هذه الدار لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعى (او برهن الشفيع قضى له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة (وان) وصلية (لم يحضر) اى الشفيع (الثمن فى وقت الدعوى و بعد القضاء لزمه) اى الشفيع احضار الثمن (وللمشترى حبس الدار لقبضه) اى الثمن (وبتأخير ادائه) اى الثمن (لاتبطل) اى الشفعة يعنى اذا قيل للشفيع اد الثمن فاخر لاتبطل الشفعة (والخصم) للشفيع (البايع قبل التسليم) اى تسليم المبيع الى المشترى لانه ذو اليد (و) لكن (لاتسمع البينة) اى بينة الشفيع (عليه) اى على البايع (بغيبة المشترى و يفسخ) اى البيع (بحضوره) اى المشترى لانه المالك (و يقضى بالشفعة والعهدة على البايع) حتى يجب تسليم الدار عليه وعند الاستحقاق يكون عهدة الثمن عليه فيطلب منه بخلاف ما اذا قبض المشترى

المبيع من يده حيث لايعتبر حضوره ولايكون العهدة عليه لانه صار اجنبيا (الوكيل بالشراء خصم للشفيع) لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد (مالم يسلم الى الموكل) فاذا سلمه اليه يكون هو الخصم اذ لم يبق له يد ولاملك فيكون الخصم هو الموكل (للشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشترى البراءة منه) اى من العيب لان الاخذ بالشفعة شراء من المشترى ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشراء من البايع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخياران كما اذا اشتراه منهما ولايسقط خياره برؤية المشترى ولابشرط البراءة منه لان المشترى ليس بنائب عن الشفيع فلايعمل شرطه ورؤيته فى حقه (اختلفا) اى الشفيع والمشترى (فى الثمن) قال المشترى الف ومائة وقال الشفيع الف (فالقول للمشترى) مع يمينه لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عندنقد الاقل والمشترى ينكره (ولو برهنا فالشفيع اولى) لان بينته اكثر اثباتا معنى وان كان بينة المشترى اكثر اثباتا صورة لان البينات للالزام وبينة الشفيع ملزمة بخلاف بينة المشترى فان بينة الشفيع اذا قبلت وجب على المشترى تسليم الدار اليه بالف شاء اوابى واذاقبلت بينة المشترى لايجب على الشفيع شئ بل يتخير بين الاخذ والترك (ادعى المشترى ثمنا وبايعه اقل منه بلاقبضه فالقول له) اى للبايع (وبه) اى بالقبض (للمشترى) يعنى اذا ادعى المشترى ثمنا وادعى بايعه اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بماقال البايع لان الامر ان كان كما قاله البايع فالشفيع يأخذ به وان كان كما قاله المشترى يكون حطا عن المشترى بدعواه الاقل وحط البعض يظهر فى حق الشفيع كما مر وسيأتى فيأخذه به وان كان البايع قبض الثمن اخذها الشفيع بما قال المشترى اذا ثبت ذلك بالبينة او بيمينه لان البايع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب فبقى الاختلاف بين الشفيع والمشترى وقد ثبت ان القول فيه للمشترى (حط البعض يظهر فى حق الشفيع) حيث يأخذ المبيع بالاقل لانه يلحق باصل العقد فكان الثمن مابقى (لاحط الكل) لان العقد حينئذ يكون بيعا باطلا اوهبة وعلى التقديرين لايصح الشفعة (و) لا (الزيادة) على الثمن الاول لان استحقاقه الاخذ بمادونها (وفى الشراء بمثلى يأخذ) الشفيع (بمثله وفى قيمى) يأخذه (بالقيمة وفى) بيع (عقار بعقار يأخذ كلا بقيمة الآخر) يعنى اذا بيع عقار بعقار يأخذ شفيع كل من العقارين كلا منهما بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات القيم (وفى

ثمن) اى فى البيع بثمن (مؤجل يأخذ بحال او يطلب الآن ويأخذ بعد الاجل) لانه يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد و اشتراطه فى حق المشترى لايكون اشتراطا فى حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب ورضاء البايع به فى حق المشترى لايدل على رضاه فى حق الشفيع لتفاوت احوال الناس (ولولم يطلب) الشفيع الآن (وسكت عن طلبها) وصبر ليطلبها عند الاجل (بطلت شفعته)لأن حق الشفيع قدثبت ولهذا كان له ان يأخذه الآن بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (وفى شراء ذمى بخمر اوخنزير يأخذ) الشفيع (بمثل الخمر وقيمة الخنزير لوكان) الشفيع (ذميا وقيمتهما لو) كان الشفيع (مسلما وفى بناء المشترى) فى الدار اوالارض (وغرسه بالثمن وقيمتهما) حال كونهما (مستحق القلع اوكلف المشترى قلعهما) يعنى اذابنى المشترى اوغرس ثم قضى للشفيع فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن و بقيمة البناء والغرس مستحق القلع وان شاء كلف المشترى قلعهما كما فى الغصب (وان قلعهما) اى البناء والغرس (الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط) ولايرجع بقيمة البناء والغرس على من اخذه منه بايعا كان او مشتريا بخلاف المشترى فانه يرجع بقيمتهما على البايع لانه مسلط من قبله بخلاف الشفيع لانه اخذ جبرا (وان خربت) الدار (اواحترق بناؤها اوجف شجر البستان) بلافعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء (اخذها بتمام الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا فى البيع بلا ذكر فلايقابلهما شئ من الثمن الا ان يكون مقصودا بالاتلاف كما مر (اوترك) لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله (و بحصة العرصة) عطف على بتمام الثمن (ان نقض المشترى البناء) يعنى ان نقض المشترى البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بآفة سماوية (والنقض له) اى للمشترى لاللشفيع لانه صار منفصلا فلم يبق تبعا حتى يكون للشفيع (وفى شراء ارض بنخل عليها ثمر)يعنى اذا اشترى ارضا بنخل عليها ثمر وذكر ثمر النخل اذلا يدخل بدون الذكر (او شراها) ولم يكن على النخل ثمر (واثمرت عنده) اى عند المشترى (يأخذها) اى الشفيع الارض (والثمر بكل الثمن فيهما) اى فى الفصلين اما فى الاول فلانه باعتبار الاتصال كان تبعا للعقار كالبناء فى الدار واما فى الثانى فلانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه كما اذا اشترى

حاملا فولدت عنده كان ملكه تبعا (واذا اجذه المشترى ثم جاء الشفيع لايأخذ الثمر فيهما لانعدام تبعيته للعقار وقت الاخذ بالانفصال لكن فى الاول) وهو ما اذا اشترى ارضا بنخل عليها ثمر (سقط حصته من الثمن) لانه دخل فى البيع قصدا وكان له قسط من الثمن فيفوت قسطه بفواته (لا الثانى) لانه لايقابله شئ من الثمن لحدوثه بعد القبض فلم يرد عليه العقد ولا القبض الذى له شبه بالعقد ففواته لايوجب سقوط شئ من الثمن

(*) باب (*)

(ما يكون هى) اى الشفعة (فيه اولا) تكون و مايبطلها (لاتثبت قصدا الافى عقار)وانما قال قصدا لانها تثبت فى غير العقار بتبعية العقار كالشجر والثمر (و ما فى حكمه كالعلو) وقد مر بيانه (ملك بمال) صفة عقار اى بعوض مالى حتى اذا لم يكن بعوض بل هبة لم تثبت فيه الشفعة وكذا اذا كان العوض غير مالى حتى لو خولع على دار لم تثبت (وان لم يقسم) اى العقار وما فى حكمه ذكره لان الشفعة لاتثبت فيه عند الشافعى لانها عنده لدفع ضرر القسمة وعندنا لدفع ضرر الجوار (كحمام ورحى و بئر و بيت صغير) بحيث لاينتفع به اذا قسم (ونهر وطريق) مملوكين (لابناء ونخل) فانهما ليسا بعقار ولا فى حكمه (بيعا قصدا) وقد عرفت انهما اذا بيعا تبعا للعقار تثبت فيهما الشفعة (وعرض وفلك) خلافا لمالك (وارث) اى موروث فان الدار اذا ملكت بارث لاتثبت فيها الشفعة (وصدقة وهبة الا بشرط عوض بلاشيوع فيهما) اى الموهوب و عوضه فانها ليست بمعاوضة مال بمال فصارت كالارث الا ان تكون بعوض مشروط لانها بيع انتهاء ولكن يشترط التقابض وعدم الشيوع فى الموهوب وعوضه لانها هبة ابتداء وان لم يكن العوض مشروطا فلا شفعة فيها (و) لافى (دار قسمت) بين الشركاء لان القسمة فيها معنى الافراز وهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة (اوجعلت اجرة او بدل خلع او) بدل (عتق او) بدل صلح عن دم عمدا ومهرا او ان قوبل ببعضها مال) بان تزوج امرأة على دار على ان تردهى على الزوج الف درهم فلا شفعة فى شئ منها لانها عندنا تختص بمعاوضة مال بمال مطلق لانها تثبت بخلاف القياس بالآثار فى معاوضة مال بمال مطلق فنقصر عليها (او بيعت) عطف على جعلت اى لاشفعة فى دار بيعت (بخيار للبايع ولم يسقط خياره) لانه يمنع زوال الملك عن البايع فان اسقط

وجبت لزوال المانع عن زوال الملك لكن يشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (او) بيعت (بيعا فاسدا) يعني اذا اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلبقاء ملك البايع فيها (واما) بعده فلاحتمال الفسخ لان كل واحد من المتبايعين سبيل يستبد من فسخه (ولم يسقط فسخه) فانها اذا بيعت بيعا فاسدا وسقط حق الفسخ بان بنى المشتري فيها تثبت الشفعة (او رد) اى المبيع (بخيار رؤية او شرط او عيب بقضاء) متعلق برد (بعد ما سلمت) يعني اذا بيع وسلمت الشفعة ثم رد البيع باحد ما ذكر بقضاء القاضي فلا شفعة لانه فسخ لا بيع (بخلاف رد بلا قضاء) لان الرد لما لم يجب فاخذه بالرضاء صار كانه اشتراه (او باقالة) فانه بيع في حق الثالث والشفيع ثالثهما (وتثبت) اى الشفعة (للعبد المستغرق بالدين) بحيث يحيط برقبته وكسبه (في مبيع سيده وله) اى لسيده (في مبيعه) اى العبد لان ما في يده حينئذ ليس ملك مولاه (و) تثبت ايضا (لمن شرى) سواء شرى اصالة او وكالة (او اشترى له) اى لمن وكل آخر بالشرى فاشترى لاجل الموكل والموكل شفيع كان له الشفعة صورته دار بين ثلثة وللدار جار ملاصق فاذا بيع الدار واشتراها احد الشركاء تثبت الشفعة للمشتري سواء اشترى اصالة او وكالة وكذا تثبت للموكل اذا اشتراها الوكيل لاجله وتثبت ايضا للشريك الآخر وفائدته انها لا تثبت للجار لان الشريك مقدم عليه (لا) اى لا تثبت (لمن باع) وكيلا كان او اصيلا لان اخذه بالشفعة يكون سعيا في نقض ما تم من جهته وهو الملك واليد للمشتري وسعى الانسان في نقض ما تم من جهته مردود (او بيع له) وهو الموكل لان تمام البيع به اذ لولا توكيله لما جاز بيعه (او ضمن الدرك) اى من ضمن الدرك عن البايع وهو شفيع لا تثبت له الشفعة لانه تقرر البيع فكان (كالبايع كذا) اى كما لا تثبت الشفعة فيما ذكر لا تثبت ايضا (فيما بيع الاذراع) ما وقع في الوقاية من قوله الاذراعا بالنصب كانه سهو من الناسخ (من طول حد الشفيع) اى الامقدار عرضه ذراع او شبر او اصبع وطوله تمام ما يلاصق دار الشفيع فان ما يلاصقها اذا لم يبع لا تثبت الشفعة لانقطاع الجوار وهذه حيلة لاسقاط شفعة الجوار كذا اذا وهب للمشتري هذا المقدار وقبضه وله حيلة اخرى ذكرها بقوله (او شرى سهما بثمن ثم باقيها بثمن آخر فالجار شفيع في الاول) لانه المبيع اولا لا في الثاني بل هو فيه جار (والمشتري شريك في الثاني)

والشريك مقدم على الجار وهذه حيلة لابطال حق الشفعة ابتداء وهنا حيلة تفيد تقليل رغبة الشفيع في الشفعة وهي انه اذا اراد ان يشتري الدار بالف اشترى سهما واحدا من الف سهم منها بالف الادرهما ثم اشترى الباقي بدرهم فالشفيع لا يأخذ بالشفعة الا الاول بثمنه لا الباقي لان المشتري صار شريكا وهو احق من الجار وله حيلة اخرى ذكرها بقوله (او شرى) اى الدار (بثمن غال) كالف مثلا (ودفع ثوبا دنيا) قيمته عشرة (به) اى بمقابلة الثمن (فالشفعة بالثمن لا الثوب) لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار وهذه حيلة تعم الشركة والجوار فيشتري المنزل الذي قيمته مائة بالف ويعطي عن الالف ثوبا قيمته عشرة لكن المنزل اذا استحق يرجع المشتري على البايع بالالف لبقاء العقد الثاني فيتضرر البايع فالاولى ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المنزل يبطل الصرف فيجب رد الدينار فقط اذ ظهر ان الالف لم يكن عليه فصار كمن اشترى من آخر دينارا بعشرة ثم تصادقا ان لا دين عليه فانه يرد الدينار وله حيلة اخرى احسن واسهل ذكرها بقوله (او شرى بدراهم معلومة اما بالوزن او بالاشارة (بقبضة) اى مع قبضة (فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض) فان الثمن معلوم حال العقد ومجهول حال الشفعة وجهالة الثمن تمنع الشفعة (كره الحيلة لاسقاط) الشفعة (الثابتة وفاقا بان يقول) المشتري للشفيع بعد اثباته (انا ابيعها منك بما اخذت فلا فائدة في الاخذ بها فيسلم الشفيع) ولا يأخذها بعد الاثبات فيسقط الشفعة لكن تكره (واما) الحيلة (لعدم ثبوتها ابتداء فعند ابي يوسف لا تكره) لانه يحتال لدفع ضرر عن نفسه لان في تملك الدار عليه بلا رضاه ضررا عليه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه جائز وان تضرر الغير في ضمنه (وعند محمد تكره) لان الشفعة انما تثبت لدفع الضرر وفي اباحة الحيلة ابقاء الضرر (وبالاول يفتى ههنا وبالثاني في الزكوة) قال صدر الشريعة الشفعة انما شرعت لدفع ضرر الجوار فالمشتري ان كان ممن يتضرر به الجيران لا يحل اسقاطها وان كان رجلا صالحا ينتفع به الجار والشفيع متعنت لا يحب جواره فحينئذ يحتال في اسقاطها (يبطلها) اى الشفعة (ترك طلب المواثبة او ترك (الاشهاد عليه) اى على طلب المواثبة (قادرا عليهما) اما الاول فبان يترك طلب المواثبة حين علم بالبيع قادرا عليه بان لم يأخذ احد فمه او لم يكن في الصلوة فان شفعته تبطل بالاعراض وهو انما يثبت حالة

الاختيار وهى بالاقتدار واما الثانى فبان يترك الاشهاد على طلبها حين علم بالبيع قادرا عليه بان كان عنده رجلان اورجل وامرأتان فسكت ولم يشهدهما على طلبه فانه ايضا دليل الاعراض قال فى الهداية اذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وقد قال قبل هذا فى باب طلب الشفعة الاشهاد فى طلب المواثبة ليس بلازم واعترض عليه بان بين كلاميه تناقضا ومنشأه الغفلة عن قوله وهو يقدر على ذلك فان مراده ان الشفيع اذا سمع البيع فى مكان خال عن الشهود فسكت تبطل شفعته واذا قال طلبت الشفعة وان لم يسمعه احد لا تبطل حتى اذا حضر اعند القاضى وقال الشفيع طلبت الشفعة ولم اتركها وحلف على ذلك كان بارا فى يمينه ويثبت طلب المواثبة وسيأتى لهذا زيادة تحقيق عن قريب (و) يبطلها ايضا (صلحه) اى الشفيع (منها) اى الشفيع (بعوض) لانه تسليم (فيرده) اى العوض لبطلان الصلح لانها مجرد حق التملك بلا ملك فلا يصح الاعتياض عنه لانه رشوة فيرده (و) يبطلها ايضا (موت الشفيع بعد البيع قبل القضاء بها) اى بالشفعة ولم يكن لورثته حق الاخذ بالشفعة حتى اذا مات بعد القضاء بها ولو قبل نقد الثمن وقبضه لا تبطل لتقرره بالقضاء وجه بطلانها انها مجرد حق التملك وهو لا يبقى بعد فوت صاحب الحق فكيف يورث عنه (لا) اى لا يبطلها موت (المشترى) لان المستحق باق فبموت المستحق عليه لا يتغير سبب الاستحقاق (و) يبطلها ايضا (بيعه مايشفع به قبل القضاء بها) يعنى اذا باع الشفيع داره التى يشفع بها بعد شرى المشترى قبل ان يقضى له بالشفعة وهو يعلم بالشراء اولا بطلت شفعته لان الاستحقاق بالجوار والشركة وقد زال قبل التملك (و) يبطلها ايضا (جعله) اى جعل مايشفع به (مسجدا اومقبرة اووقفا مسجلا) قال قاضيخان شرط قيام ملك الشفيع فيما يستحق به الشفعة وقت القضاء فلو جعل داره التى يستحق بها الشفعة مسجدا او مقبرة اووقفا مسجلا ثم قضى له بالشفعة لم يكن شفيعا للمبيعة فان المسجد والمقبرة والوقف المسجل بمنزلة الزائل عن ملكه (قال الشفيع طلبت حين علمت فالقول له بيمينه) قوله فالقول له يدل على ان الاصل ان يقيم المشترى البينة اما بان يقول للشفيع تركت الطلب ليكون صورة الاثبات او يقول ما طلبت لانه وان كان نفيا ظاهرا لكنه نفى محصور فيكون فى حكم الاثبات كما تقرر فى الاصول

التقديرين

وعلى التقديرين ان اقام البينة تقبل والا يحلف المشترى الشفيع بانه لم يترك اوطلب وان لم يكن له بينة على تركه واقام الشفيع البينة على طلبه تقبل وان كان لهما بينة يرجح بينة المشترى لان الشفيع يتمسك بالظاهر ولهذا كان القول له ولم يكلف باقامة البينة بخلاف قوله علمت امس وطلبت كما سيأتى ويدل على ذلك ماذكر فى بعض شروح تلخيص الجامع ان الشفيع لو لم يكن بحضرته احد يسمع ينبغى ان يطلب لانه يصح بلا اشهاد انما الاشهاد لئلا ينكر فينبغى ان يطلب حتى اذا حلفه المشترى يمكنه ان يحلف انه طلب كما سمع فظهر ان الحكم ههنا ان المشترى ان اقام البينة حكم بها والا فان اقامها الشفيع حكم بها وان لم يكن لواحد منهما بينة حلف الشفيع فحكم بالشفعة ولو قال (علمت امس وطلبت كلف اقامة البينة) ولا يقبل قوله لانه اضاف الطلب الى وقت ماض فقد حكى مالا يملك استينافه للحال ومن حكى مالا يملك استينافه للحال لا يصدق فيما حكى بلا بينة واذا لم يضف الطلب الى وقت ماض بل اطلق الكلام اطلاقا فقد حكى مايملك استينافه للحال لانا نجعله كانه علم بالشراء الآن وطلب الشفعة الآن فلذا جعل القول قوله كذا فى العمادية وغيرها (سمع) اى الشفيع (شراك فسلمها) اى الشفعة (فظهر شراء غيرك او) سمع (بيعه بالف فسلم وكان باقل او بكيلى اووزنى اوعددى متقارب قيمته الف اواكثر فهى له) اى الشفعة تكون للشفيع ولا يكون تسليمه مانعا (و بعرض كذلك) اى اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف اواكثر (لا) اى لا يكون له الشفعة والاصل فيه ان الغرض فى الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشترى فاذا سلم على بعض الوجوه ثم تبين خلافه بقيت الشفعة بحالها لان التسليم لم يوجد على الوجه الذى استحقه بيانه انه اذا اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم انها علم بيعت باكثر فالتسليم صحيح لانه انما سلم لاستكثار الثمن فاذا كان اكثر من ذلك كان ارضى بالتسليم وان علم انها بيعت باقل او بحنطة اوشعير قيمتها الف اواكثر فهو على شفعته لان تسليمه عند كثرة الثمن لا يدل على تسليمه عند القلة وكذا تسليمه فى احد الجنسين لا يكون تسليما فى الاخر فربما يسهل عليه اداء احدهما ويتعذر الآخر وكذا كل موزون اومكيل اوعددى متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف اواكثر فانه تسليم لانه انما يأخذ بقيمته دراهم اودنانير ولو انها بيعت بدنانير قيمتها الف

اواكثر صح التسليم وكذا هذا وان كان اقل فهو على شفعته (يشفع حصة احد المشترين لا حصة احد الباعة بل اخذ الكل اوترك) يعنى اشترى جماعة من واحد فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان باع جماعة من واحد لا يأخذ حصة احد الباعة لان فى الاول دفع ضرر الجار لا الثانى (و) يشفع ايضا (نصفا مفرزا بيع مشاعا من دار فقسما) يعنى اشترى رجل نصف دار فقاسم البايع فللشفيع ان يأخذ النصف الذى صار للمشترى او يدع وليس له ان يفسخ القسمة لانها من تتمة القبض لان القبض للانتفاع ولا يتم الانتفاع فى الشايع الا بالقسمة (صح للاب والوصى تسليمها) اى الشفعة (على الصغير) لانه ترك للتجارة فصح ممن يملك التجارة (كذا اذا بلغهما شراء دار بجوار الصبى فسكتا) فان السكوت عن الطلب ممن يملك التسليم بمنزلة التسليم (الوكيل بطلبها اذا سلم او اقر على الموكل بتسليمه) الشفعة (صح) لوكان التسليم اوالاقرار (عند القاضى) وان كان فى غيره فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا

) كتاب الهبة (

لما فرغ عن البيع الذى هو تمليك عين بعوض ومايتبعه من الشفعة شرع فى الهبة التى هى تمليك عين بلا عوض فقال (هى) لغة تبرع وتفضل بما ينتفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى * فهب لى من لدنك وليا وقال الله تعالى * يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور * وشرعا (تمليك عين بلا عوض) اى بلا شرط عوض لا ان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر (وتصح بايجاب كوهبت) فانه صريح فيها (ونحلت) ايضا كذلك يقال نحله كذا اى اعطاه اياه بطيب نفسه بلا عوض (واعطيت واطعمتك هذا الطعام فاقبضه) قال صاحب الهداية الاطعام اذا اضيف الى مايطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم وقال صاحب المحيط اضافة الطعام الى مايطعم عينه يحتمل التمليك والاباحة فاذا احتمل الامرين فاذا قال اقبضه دل ذلك على ان المراد التمليك ولهذا زيد ههنا قوله فاقبضه (وجعلت هذا لك) فان اللام للتمليك (واعمرتكه) لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده * وسيأتى تمام بيانه (وجعلته لك

عمرى وحملتك على هذه الدابة لونوى) اى نوى بالحمل الهبة لانه ليس بصريح فيها فيحتاج فيها الى النية لانه قد يراد به الهبة يقال حمل الامير فلانا على الفرس يراد به التمليك (وكسوته) يعنى هذا الثوب فان الكسوة يراد بها التمليك قال الله تعالى * او كسوتهم (ودارى لك) مبتدأ وخبر (هبة) نصب على الحال من ضمير الظرف واللام فى لك للتمليك (تسكنها) هذا لا ينافى الهبة بل تنبيه على المقصود بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه (لا فى دارى لك هبة سكنى) فان قوله سكنى تمييز فيكون تفسيرا لما قبله فتكون عارية لا هبة (اوعكسه) وهو دارى لك سكنى هبة فان معناه دارى لك بطريق السكنى حال كون السكنى هبة فتكون عارية لا هبة (او دارى لك (نحلى سكنى) فان تقديره نحلتها نحلة وقوله سكنى تمييز (او) دارى لك (سكنى صدقة) اى بطريق السكنى حال كون السكنى صدقة (او) دارى لك (صدقة عارية) اى حال كونها صدقة بطريق العارية فعارية تمييز يفهم منه المنفعة (او) دارى لك (عارية هبة) اى بطريق العارية حال كون منافعها هبة لك فان هذه العبارات تدل على العارية لا الهبة (وقبول) عطف على الايجاب فانها كالبيع لا تصح الا بالايجاب والقبول (وتتم) عطف على تصح (بالقبض) قال الامام حميد الدين ركن الهبة الايجاب فى حق الواهب لانه تبرع فيتم من جهة المتبرع اما فى حق الموهوب له فلا يتم الا بالقبول ثم لا ينفذ ملكه فيه الا بالقبض (الكامل) الممكن فى الموهوب والقبض الكامل فى المنقول ما يناسبه و فى العقار ما يناسبه فقبض مفتاح الدار قبض لها والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة بالقسمة حتى يقع القبض على الموهوب بالاصالة من غير ان يكون بتبعية قبض الكل وفيما لا يحتمل القسمة بتبعية الكل (ولو) وصلية (شاغلا ملك الواهب لا مشغولا به فتتم) تفريع على قوله وتتم بالقبض الكامل (بالقبض فى مجلسها) اى مجلس الهبة (بلا اذنه) اى الواهب (و بعده) اى بعد المجلس (به) اى باذنه (ولو نهاه) اى نهى الواهب الموهوب له عن القبض (لم يصح) القبض (مطلقا) اى فى المجلس و بعده اذ لا عبرة للدلالة بمقابلة التصريح (فى محوز) متعلق بقوله تتم بالقبض والمراد به ان يكون مفرغا عن ملك الواهب و حقه واحتراز عن هبة الثمر على النخل ونحوه كما سيأتى (مقسوم) اى تعلق به القسمة ولم يبق مشاعا (ومشاع لا يقسم) اى ليس من شانه ان يقسم بمعنى انه لا يبقى

منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد واحد ودابة واحدة اولايبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير (لا) اى لاتتم بالقبض (فيما) اى مشاع (يقسم) اى من شانه القسمة كالارض والثوب المذروع ونحو ذلك (ولو) وصلية اى ولو كانت الهبة (لشريكه) اى لشريك الواهب لان القبض الكامل لايتصور فيه (فان قسمه) اى افرز الجزء الموهوب المشاع (وسلمه) اى الموهوب له (تمت الهبة لان تمامها بالقبض وعنده لاشيوع فيه ولو سلمه شايعا لا يملكه حتى لاينفذ تصرفه فيه فيكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره قاضيخان (كلبن فى ضرع وصوف على غنم وزرع ونخل فى ارض وثمر فى نخل) هذه نظائر المشاع لاامثلتها اذلاشيوع فى شئ منها لكنها فى حكم المشاع حتى اذا فصلت هذه الاشياء عن ملك الواهب وسلمت صح هبتها كما فى المشاع (بخلاف دقيق فى بر ودهن فى سمسم وسمن فى لبن حيث لايصح اصلا) اى سواء افرزها وسلمها اولا لان الموهوب فى حكم المعدوم وسره ان الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين آخر على ماعرف فى الغصب بخلاف المشاع فانه محل التملك حتى يجوز بيعه لكن لايمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز (وتم) عطف على قوله فتم بالقبض وتفريع على قوله ولوشاغلا لملك الواهب لامشغولا به (فى متاع فى داره وطعام فى جرابه اذا سلمهما بما فيهما بخلاف العكس) لو وهب متاعا فى داره اوطعاما فى جرابه وسلمهما اى الدار والجراب بما فيهما صحة الهبة فى المتاع والطعام ولو وهب دارا وفيها متاع الواهب وسلم الكل الى الموهوب له او وهب جرابا وفيه طعام الواهب وسلم الجراب لايصح الهبة والاصل ان الموهوب متى كان مشغولا به بملك الواهب يمنع التسليم فيمنع صحة الهبة ومتى كان شاغلا لايمنع التسليم فيصح الهبة ففى الفصل الاول الموهوب شاغل لامشغول وفى الثانى الموهوب مشغول بملك الواهب وهذا لان المظروف يشغل الظرف واما الظرف فلايشغل المظروف (الا اذا وهب المتاع والطعام ايضا فقبض الكل باذنه تصح فى الكل) يعنى لو وهب الدار ولم يسلم حتى وهب المتاع او وهب الجراب ولم يسلم حتى وهب الطعام وسلم الكل صحت الهبة فى الكل لانه اذا سلم الكل جملة صار كانه وهب الكل جملة بخلاف ما اذا تفرق التسليم وانما قال باذنه لانه ان لم يأذن له بالقبض فقبض ضمنا لانه افسد ملك

غيره كذا فى الكافى (وينوب القبض فى المجلس مناب القبول) يعنى اذا صدر الايجاب من الواهب فقبل قبول الموهوب له العقد اذا قبض الموهوب بانه صح الهبة لان القبض فى المجلس دليل القبول (ثم ان القبض فى المجلس هل يحصل بالتخلية) بين الموهوب له والموهوب (اختلف فيه المشايخ) حتى قال الامام ابو الليث هى قبض عند محمد لاعند ابى يوسف (والمختار انه يصح فى صحيحها) اى الهبة (بالتخلية لا فاسدها) كذا فى الفتاوى الظهيرية (وهب دارا بمتاعها وسلمهما فاستحق المتاع صحت فى الدار) اذ بالاستحقاق ظهر ان يده فى المتاع كان يد غصب وصار كما لو غصب الدار والمتاع ثم وهب له الدار فانه يصح (ولو وهب ارضا وزرعا وسلمهما فاستحق) الزرع (بطلت) الهبة (فى الارض) لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال كشئ واحد فاذا استحق احدهما صار كانه استحق البعض الشايع فيما يحتمل القسمة فيبطل الهبة فى الباقى كذا فى الكافى قال صدر الشريعة المفسد هو الشيوع المقارن لا الشيوع الطارى كما اذا وهب ثم رجع فى البعض الشايع او استحق البعض الشايع بخلاف الرهن فان الشيوع الطارى مفسد (وفى الفصولين) ان الشيوع الطارى لايفسد الهبة بالاتفاق وهو ان يرجع فى بعض الهبة شايعا اما الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن لاطار كذا ذكره شيخ الاسلام ابو بكر فى هبة المحيط اقول عده صورة الاستحقاق من امثلة الشيوع الطارى غير صحيح والصحيح ما فى الكافى والفصولين لان الاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ماقبل الهبة فيكون مقارنا لها لاطاريا عليها (الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى كذا فى الفصولين (ويلى القريب الرجوع فيها) اى فى الهبة الفاسدة يعنى اذا ثبت الملك فيها هل يثبت ولاية الرجوع للواهب فيما وهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه قال بعض المشايخ كانت المسئلة واقعة الفتوى وفرقت بين الهبة الصحيحة والفاسدة وافتيت بالرجوع وقال الامام الاستروشنى والامام عماد الدين هذا الجواب مستقيم اما على قول من لايرى الملك بالقبض فى الهبة الفاسدة فظاهر واما على قول من يرى فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على ما تقرر فاذا كان مضمونا بالقيمة بعد الهلاك كان مستحقا الرد قبل الهلاك فيملك الرجوع والاسترداد (قال وهبت لك هذه الغرارة الحنطة او الزق السمن صحت الهبة فى الحنطة والسمن فقط) لما عرفت ان كلا منهما شاغل لملك الواهب لامشغول به (وهبت دارها لزوجها وهما بمتاعها

ساكنان فيها جازت) الهبة و يصير الزوج قابضا للدار لان المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم ذكره قاضيخان (وهب ثيابا في صندوق مقفل ودفعه) اى الصندوق (لايكون قبضا) فلا يتم الهبة لان القبض انما يحصل اذا صح الانتفاع به ولا انتفاع مع القفل (وتم هبة ما مع الموهوب له بلا قبض جديد) يعنى اذا كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له وديعة او عارية او امانة ملكها بالهبة والقبول وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض في باب الهبة غير مضمون فيعتبر فيه اصل القبض وهو موجود ههنا فناب عن قبض الهبة (بخلاف البيع) يعنى اذا باع الوديعة او نحوها ممن في يده يحتاج الى قبض جديد لان البيع يقتضى قبضا مضمونا وقبض المودع قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان بل يحتاج الى تجديد القبض والاصل فيه ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما مناب الآخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف بلا عكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى (و) تم ايضا (ما وهب) اى الاب (لطفله بالعقد) لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه سواء كان في يده حقيقة او يد مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في يد الغاصب او المستأجر او المرتهن حيث لا يجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه (اذا كان) اى الموهوب (معلوما) قال في النهاية لفظ المبسوط وكل شئ وهبه لابنه الصغير واشهد عليه وذلك الشئ معلوم فهو جائز والقبض فيه باعلام ما وهب له والاشهاد عليه ثم قال والاشهاد ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطا للتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته وعن جحوده بعد ادراك الولد (و) تم ايضا (ما وهب اجنبي له) اى للطفل (بقبضه) اى الطفل (عاقلا) لانه في النافع المحض ملحق بالبالغ (او) قبض (ابيه او جده او وصى احدهما) لانه قائم مقامهما (او) قبض (امه) اى الطفل (معها او) قبض (اجنبي يربيه وهو) اى الطفل (معه او) قبض (زوجها لها) اى للصغيرة لكن (بعد الزفاف) لان الاب اقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة لها ولو قبض الاب ايضا صح لان اصل الولاية له وولاية الزوج منه (ولم يجز هبة الحمل) لكونه وصفا للامة لاتصاله بها بمنزلة اطرافها (ولا له) اى لم يجز الهبة للحمل وان جاز الاقرار له ان بين سببا صالحا وسيأتي بيانه في الاقرار ان شاء الله تعالى

صح

(صح هبة اثنين دار الواحد) لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها فلا شيوع (وعكسه) وهو هبة واحد لاثنين (لا) اى لا تصح لانها هبة النصف من كل واحد فيلزم الشيوع (كتصدق عشرة على غنيين) فانه لا يجوز لان التصدق على الغنى هبة فلا تجوز للشيوع (وصح هو) اى تصدق العشرة (وهبتها على فقيرين) لان الهبة للفقير صدقة والصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه بخلاف الهبة (وهب نصف الدار وسلم ثم الباقى لم تجز ولو وهبه) اى الباقى (قبل التسليم) وسلم الكل جملة (صحت في الكل لانه) اذا سلم الكل جملة صار كانه وهب الكل بخلاف ما اذا تفرق التسليم (هبة دار مشتراة قبل القبض) متعلق بالهبة (تجوز) يعنى اذا اشترى دارا فقبل ان يقبضها وهبها لآخر جاز الهبة لما عرفت ان التصرف في العقار قبل القبض يجوز (كذا) اى يجوز (هبة درهم صحيح لرجلين) لانه هبة مشاع لا يقسم وانما قال صحيح لان المغشوش في حكم العروض كما عرفت فيكون مما يقسم فلا يصح هبته لرجلين للشيوع (معه درهمان قال لرجل وهبت لك درهما منهما ان استويا) اى قدرا (لم تجز وان) اى قدرا (لم تجز والاجازت) والفرق ان الهبة في الوجه الاول تناولت احدهما وهو مجهول فلا تجوز وفي الثانى تناولت قدر درهم منهما وهو مشاع لا يحتمل القسمة فتجوز (وتجوز) ايضا (هبة ابق متردد في دار الاسلام لطفله) لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد اهل الدار عليه فمنع ظهور يده تملكهم ان دخل فيها ولو وهبه بعد دخوله فيها لم تجز وقدمر في باب استيلاء الكفار (و) كذا تجوز (هبة البناء دون العرصة اذا اذن له) اى للموهوب له (الواهب في نقضه و) هبة (ارض فيها زرع دونه) اى دون الزرع (او نخل فيها تمر دونه) اى دون التمر (اذا امره) اى الواهب الموهوب له (بالحصاد) في الزرع (والجذاذ) في التمر لان المانع للجواز الاشتغال بملك المولى فاذا اذن المولى في النقض والحصاد والجذاذ وفعل الموهوب له زال المانع فجاز الهبة

) باب الرجوع فيها (

صح) اى الرجوع (في اجنبي) اراد به من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج به من كان ذا رحم وليس بمحرم ومن كان محرما وليس بذى رحم ولذا قال (ومنعه المحرمية بالقرابة) واحترز به عن المحرمية بالسبب لا النسب كالآباء والامهات

والاخوة والاخوات من الرضاع ومن المحرمية بالمصاهرة كامهات النساء والربائب وازواج البنين والبنات وقال الشافعي لارجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم * لايرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده * ولنا ما روى من قوله عليه الصلوة والسلام * الواهب احق بهبته مالم يثبت منها * اى مالم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لاتكون هبة حقيقة قبل التسليم والمراد بما روى ان لاينفرد بالرجوع بلا قضاء ولارضاء الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته الى الانفاق وسمى ذلك رجوعا نظرا الى الظاهر وان لم يكن رجوعا حقيقة على ان هذا الحكم غير مختص بالهبة بل الاب اذا احتاج فله الاخذ من مال ابنه ولو غائبا كما ذكر فى باب النفقات قال صدر الشريعة ونحن نقول به اى لاينبغى ان يرجع الا الوالد فانه يتملك للحاجة فتوهم بعض الناس من قوله ونحن نقول به ان للاب ان يرجع فيما وهب لابنه عندنا ايضا مطلقا وهو وهم باطل منشاؤه الغفلة عن قوله فانه يتملك للحاجة فان مراده ما ذكرنا حتى لو لم يحتج لم يجز له الاخذ من مال ابنه فان ما توهموا مخالف لتصريح علمائنا كقاضيخان وغيره ان قرابة الولاد من جملة الموانع (كما فى الآباء والامهات وان علوا والاولاد وان سفلوا والاخوة والاخوات واولادهما وان سفلوا والاعمام والعمات والاخوال والخالات فقط) فان اولادهم ليسوا بمحارم كما مر فى كتاب النكاح ثم ان موانع الرجوع فى الهبة سبعة ذكر الاول بقوله (ومنعه المحرمية بالقرابة) ووجه كونها مانعة ان المقصود وهو صلة الرحم يحصل بها فانها واجبة فى المحارم وكل عقد فاد مقصوده يلزم وذكر الثانى بقوله (وزيادة متصلة عطفا) على قوله المحرمية بالقرابة (كبناء وغرس وسمن) ووجه كونهما مانعة ان الرجوع انما يصح فى الموهوب والزيادة ليست بموهوبة ولم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع فى الاصل لا الزيادة فامتنع الرجوع اصلا وذكر الثالث بقوله (وموت احدهما) اما اذا مات الموهوب له فلان الملك قد انتقل الى الورثة واما اذا مات الواهب فلان النص لم يوجب حق الرجوع الا للواهب والوارث ليس بواهب وذكر الرابع بقوله (وعوض) فان حق الرجوع فى الهبة كان للخلل فى مقصوده وقد عدم ذلك بوصول العوض اليه (اضيف اليها) اى الى الهبة بان قال خذه عوض هبتك او بدلا عنها او بمقابلتها او مكانها فقبض لم يرجع فلو وهب وعوض ولم يضف رجع كل بهبة

(مطلقا) اى سواء كان العوض من الموهوب له او الاجنبى بامر الموهوب له اولا لان العوض سلم له فلم يبق حق الرجوع وكذا ليس للاجنبى المعوض الرجوع فى عوضه لانه متبرع عن الموهوب له لاسقاط حق الرجوع عليه وذلك جائز ولا يرجع المعوض على الموهوب له اذا كان بغير امره لانه متبرع وكذا اذا امره الا اذا قال عوض عنى على انى ضامن كذا فى الايضاح وذكر الخامس بقوله (وخروجها عن ملكه) فان تبدل الملك كتبدل العين وقد تبدل الملك بتبدل السبب وذكر السادس بقوله (والزوجية) فانها نظير القرابة المحرمية فى التواصل بدليل جريان التوارث بينهما بلا حجب وبطلان فكان المقصود الصلة وقد حصل (وقت الهبة) حتى لو وهب لامرأة ثم نكحها له ان يرجع فيها ولو وهب لامرأته ثم ابانها فليس له ان يرجع لعدم العلاقة بينهما فى الاول وقت الهبة ووجودها فى الثانى وقتها وذكر السابع بقوله (وهلاك الموهوب) فانه اذا هلك تعذر الرجوع فلو ادعى الموهوب له الهلاك صدق بلا حلف كذا فى الكافى (وضابطها) اى ضابط الموانع (حروف دمع خزقة) مأخوذ مما قيل ومانع عن الرجوع فى الهبة يا صاحبى حروف دمع خزقة فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض والخاء الخروج عن الملك والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء الهلاك الخزق الطعن والخازق السنان فكانه شبه الدمع بالسنان (وهب لاخيه واجنبى عبدا فقبضاه) اى الاخ والاجنبى العبد (له) اى للواهب (الرجوع فى نصيب الاجنبى) (لان الهبة صحيحة فى حقه لكون العبد مما لا يقسم ولا مانع من الرجوع بخلاف الاخ فان القرابة فيه مانعة عنه (وهب لرجل شيئا وقبضه الرجل فوهبه) اى الرجل العبد (لآخر ثم رجع الثانى او ورد عليه فللاول الرجوع فيه) لان الموهوب لما عاد الى الثانى بالرجوع لا بسبب جديد كان للاول الرجوع فيه (ولو تصدق به الثالث على الثانى) ان كان فقيرا (او باعه منه) ان كان غنيا (لم يرجع الاول) لان هذا ملك جديد العود اليه بسبب جديد وحق الرجوع لم يكن ثابتا فى هذا الملك فلا يرجع كذا فى المحيط (يرجع فى استحقاق نصفها) اى نصف الهبة والمراد الموهوب (بنصف عوضها) لانه لم يدفعه اليه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات (لا فى استحقاق نصفه) يعنى اذا استحق نصف العوض لا يرجع بشئ (حتى يرد ما بقى من العوض) لانه

يصلح عوضا عن الكل ابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لاعوض الا هو فيكون مخيرا لان حقه فى الرجوع لم يسقط الا يسلم له كل العوض ولم يسلم فان شاء رد ما بقى ورجع فى الكل وان شاء امسك ما بقى ولم يرجع بشئ بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تم بيعا فيوزع البدل على المبدل فاذا استحق بعضه يرجع بما يقابله من العوض كذا فى الاسرار (ولو عوض نصفها رجع بما لم يعوض) لان التعويض مانع فاذا وجد فى النصف يمتنع بقدره (لو باع نصفها اولم يبع رجع فى النصف) لان له الرجوع فى الكل ففى البعض اولى ولا يمنعه بيع النصف (وذا) اى الرجوع انما يصح بحيث يؤخذ الموهوب من يد الموهوب له (بتراض) من الطرفين (اوحكم قاض) لان الرجوع فى الهبة مختلف فيه فمنهم من رأى ومنهم من ابى وفى اصله وهاء لان الواهب ان طالبه بحقه فالموهوب له يمنع بملكه وفى حصول المقصود وعدمه خفاء اذ من الجائز ان يكون مراده الثواب والتوادد فعلى هذا لا يرجع لحصول مقصوده ومن الجائز ان يكون مراده العوض فعلى هذا يرجع فلا بد من الفصل بالرضاء او القضاء (فصح اعتاق الموهوب) اى اعتاق الموهوب له العبد الموهوب (بعد الرجوع) متعلق بالاعتاق (قبل القضاء) لانه لا يخرج عن ملك الموهوب له الا بالقضاء فصح اعتاقه قبله (ولم يضمن) اى الموهوب له (بهلاكه) اى الموهوب بعد الرجوع وقبل القضاء (بعد المنع) عن الواهب لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك فى يده بعد القضاء لم يضمن لان اصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه وهذا دوام علته واستدامة الشئ معتبرة باصله (و) لكن (ضمن به) اى بهلاكه (بعد القضاء والمنع) اى منعه بعد القضاء وطلب الواهب فان الموهوب ح يكون امانة عند الموهوب له والمنع بعد الطلب يوجب الضمان فى الامانة (ومع احدهما) عطف على قوله بتراض اى الرجوع بتراض اوحكم قاض (فسخ لعقد الهبة) من الاصل واعادة للملك القديم (لاهبة للواهب فلم يشترط قبضه) اى قبض الواهب لان القبض انما يعتبر فى انتقال الملك لا فى عود الملك القديم (وصح) اى الرجوع (فى المشاع) القابل للقسمة (كنصف دار وهبت) ولو كان هبة لما صح فيه تلف الموهوب فى يد الموهوب له فاستحق فضمن لم يرجع) على واهبه لانها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال) اى المانع (عاد الرجوع) بيانه انه اذا بنى فى الدار الموهوبة وابطل القاضى

رجوع الواهب بسبب البناء فهدم الموهوب له البناء وعادت الدار كما كانت فله ان يرجع فيها بخلاف ما لو اشترى عبدا بالخيار ثلثة ايام فحمى العبد فى مدة الخيار وخاصم المشترى البايع فى الرد وابطل القاضى حقه فى الرد بسبب الحمى فى مدة الخيار ليس له ان يرد كذا فى المحيط (وهى بشرط العوض هبة ابتداء) هذا اذا ذكره بكلمة على بان يقول وهبت هذا العبد لك على ان تعوضنى هذا الثوب واما اذا ذكره بحرف الباء بان يقول وهبت لك هذا الثوب بعبدك هذا او بالف درهم وقبله الآخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع كذا فى شروح الهداية وغيرها (فشرط قبضهما) اى العاقدين (للعوضين لكون كل منهما هبة (وبطلت بالشيوع) كما هو حكم الهبة (ولم تجز هبة الاب مال طفله بشرطه) كما لم تجز هبته به (وبيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتستعقب الشفعة) كما هو حكم البيع هذا عندنا وعند زفر والشافعى بيع ابتداء وانتهاء لان العبرة للمعانى ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين فان قلت الهبة تمليك عين بلا عوض والبيع تمليك عين بعوض فكيف يجمع بينهما وايضا التمليك لا يجرى فيه الشرط وكلمة على تفيد الشرطية قلت قد عرفت ان معنى كونها تمليكا بلا عوض كونها تمليكا بلا شرط عوض لا بشرط عدم العوض فلا ينافى كونه بيعا وعرفت ايضا ان الشرط المنافى للتمليك شرط فيه معنى الربوا او القمار لا مطلق الشرط حتى لو قال بعت هذا منك على ان يكون ملكا لك صح البيع فيكون ما نحن فيه شرطا ابتداء نظرا الى العبارة حتى لا يصير كالبيع لازما قبل القبض وشرطا بمعنى العوض نظرا الى ما يؤل اليه حتى توفر عليه احكام البيع حالة البقاء (وهب كرباسا فقصره الموهوب له لا يرجع) فرق بين هذا وبين الغسل بان فى القصارة زيادة متصلة دون الغسل (كذا عبد كافر اسلم فى يد الموهوب له وجارية علمها الموهوب له القرأن او الكتابة اونحوهما) حيث لا يرجع الواهب فى هذه الصور لان بالاسلام وتعلم القرأن ونحوهما ازداد الموهوب فبطل الرجوع (وكذا تمر وهب ببغداد فحمله الموهوب له الى بلخ) حيث بطل حق الرجوع لزيادة متصلة فى قيمة الموهوب (تصدق على غنى) اى قال لغنى تصدقت عليك بهذه الدراهم (او وهب لفقير) اى قال له وهبتك بهذه الدراهم (لا يرجع) اعتبارا للفظ فى المسئلة الاولى وللمعنى فى الثانية كذا فى الكافى

*) فصل (*

(وهب امة الا حملها وعلى ان يردها عليه او يعتقها او يستولدها اووهب دارا او تصدق بها على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه) فى الهبة والصدقة (شيئا منها صحت) اى الهبة لانها لاتبطل بالشروط الفاسدة كما مر والنبى صلى الله تعالى عليه وسلم اجاز العمرى وابطل الشرط كما سيأتى (وبطل الاستثناء) اى استثناء الحمل لانه انما يعمل فى المحل الذى يعمل فيه العقد وقد عرفت ان هبة الحمل لاتجوز فلا يجوز استثناؤه ايضا (و) بطل (الشرط) لمخالفته مقتضى العقد وهو ثبوت الملك مطلقا فاذا اعتبر الشروط المذكورة تقيدت بها وهو ينافى الاطلاق واعترض الزيلعى على قولهم او يعوضه شيئا منها بان المراد به اما الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئا منها اقول نختار الشق الاول قوله فهى والشرط جائزان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة وصرح به بعض شراح الهداية وكذا الحال فى الصدقة (اعتق حملها ووهبها صحت) الهبة فى الام لان الجنين لم يبق على ملكه فلم يكن الموهوب مشغولا بملك الواهب (بخلاف التدبير) يعنى دبر حملها ووهبها لم تصح الهبة لان الحمل بقى على ملكه (لايجوز تعليق الابراء عن الدين بشرط الا بكائن) اى بشرط كائن (فلو قال لمديونه اذا جاء غد فانت برئ منه) اى من الدين (بطل) اى الابراء لانه تعليق بشرط محض (ولو قال) لمديونه (ان كان لى عليك دين ابرأتك عنه وله عليه دين صح) الابراء لانه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا (جاز العمرى لا الرقبى) العمرى ان يجعل داره لآخر مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط والرقبى ان يقول ان مت قبلك فهى لك فيكون تمليكا مضافا الى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كانه ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك فى الحال وقال ابو يوسف يصح الرقبى ايضا بناء على انه تمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موته عنده فيكون النزاع لفظيا

*) كتاب الاجارة (*

لما فرغ عن مباحث تمليك العين بلا عوض شرع فى مباحث تمليك المنفعة بعوض فقال (هى) لغة فعالة من اجر يأجر من باب طلب وضرب اسم للاجرة وهى ما يعطى من كرى الاجير وشرعا (تمليك نفع بعوض) وانما عدل

عن

عن قولهم تمليك نفع معلوم بعوض كذلك لانه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصلى وان كان تعريفا للاعم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية صحيحا وما اختير ههنا تعريف للاعم كما ان تعريف البيع كان كذلك (عين او دين او نفع) الاولان ظاهران واما الثالث فسيأتى توضيحه (وتنعقد باعرتك هذه الدار شهرا بكذا او وهبتك منافعها) يعنى ان الاجارة تنعقد بلفظ العارية حتى لو قال لغيره اعرتك هذه الدار شهرا بكذا وقبله المخاطب كانت اجارة صحيحة اما العارية فلا تنعقد بلفظ الاجارة حتى لو قال اجرتك هذه الدار بلا عوض كانت اجارة فاسدة لا اعارة ولو قال له وهبتك منافع هذه الدار شهرا بكذا يجوز ويكون اجارة كذا فى الفتاوى الصغرى (واختلف فى انعقادها بلفظ البيع) ذكر شيخ الاسلام ان فيه اختلاف المشايخ وقال اذا قال الحر لغيره بعت نفسى منك شهر العمل كذا فهو اجارة وعن الكرخى ان الاجارة لاتنعقد بلفظ البيع ثم رجع وقال تنعقد كذا فى الخلاصة (ويعلم النفع ببيان المدة) طالت او قصرت (كالسكنى والزراعة مدة كذا) اى سكنى الدار والارض او زراعة الارض مدة كذا (او) بيان (العمل كالصياغة والصبغ) والخياطة ونحوها (او الاشارة) عطف على بيان اى يعلم النفع ايضا بالاشارة (كنقل هذا الى ثمه) فان النفع ليس بمشار اليه لكن يعلم من الاشارة انه الفعل المخصوص (لايلزم الاجر بالعقد) اى لايملك بنفس العقد ولا يجب تسليمه به عينا كان او دينا لان العقد معاوضة واحد العوضين منفعة تحدث شيئا فشيئا والآخر مال ومقتضى المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل (بل بتعجيله) بان يعطيه قبل حلول الاجل فانه يكون هو الواجب بالعقد حتى لا يكون له حق الاسترداد (او شرطه) اى شرط تعجيله حال العقد فانه حينئذ يجب (او الاستيفاء) اى استيفاء المنفعة المعقود عليها فان الاجر ح يجب ايضا (او تمكنه منه) اى من الاستيفاء وفرع على هذا بقوله (فيجب) اى الاجر (لدار قبضت ولم تسكن) لوجود التمكن من الاستيفاء وبقوله (ويسقط) اى الاجر (بالغصب) اى اذا غصبها غاصب من يده يسقط الاجر (للموجر طلب الاجر للدار والارض لكل يوم وللدابة لكل مرحلة) والقياس ان يطلب فى كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة كما عرفت لكنه يفضى الى الحرج اذ لا يعلم حصته الا بمشقة فرجع الى ما ذكر (والخياطة

ونحوها) يعني للموجر طلب الاجر في هذه الصنايع (اذا فرغ) اي من العمل لا كل يوم (وان عمل في بيت المستأجر) حتى اذا عمل في بيت المستأجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيئا من الاجر على ما في الهداية والتجريد وذكر في المبسوطين والفوائد الظهيرية والذخيرة وشروح الجامع الصغير انه اذا خاط البعض في بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الاجر بحسابه (والخبز فيه) اي للخباز طلب الاجر للخبز في بيت المستأجر (بعد اخراجه من التنور فان احترق بعده فله الاجر ولا غرم) لما سيأتي ان الاجر والضمان لا يجتمعان (وقبله لا اجر ويغرم) قال في الوقاية فان احترق بعد ما اخرج فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشريعة اي في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج اقول فيه بحث اما اولا فلانه مخالف لما في شروح الهداية ان فيما قبل الاخراج غرما حتى قال في غاية البيان انما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول اصحابنا جميعا واما ثانيا فلانه مخالف للقاعدة المقررة الآتي ذكرها من ان الاجير المشترك يضمن ما تلف بعمله فان قيل وضع المسئلة فيما اذا خبزه في بيت المستأجر وذلك يمنع ان يخبزه لغيره فيكون اجيرا خاصا وسيجيء ان ما تلف بعمله لا يضمن قلنا قد صرح الشراح بانه اجير مشترك حيث قالوا اجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة بالتخصيص كما سيأتي كمن استأجر شهرا للخدمة على ان لا يخدم غيره وما نحن فيه مستأجر على العمل بلا بيان المدة ولا مدخل للفعل في بيته فكان اجيرا مشتركا ولهذا غيرت العبارة الى ما ترى ومنشأ هذه الهفوة ان صاحب الهداية قال فلو احترق اوسقط من يده قبل الاخراج فلا اجرة له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية فجعل صاحب الوقاية قوله ولا ضمان عليه متعلقا بما قبل الاخراج ايضا فلزم ما لزم الحمد لله ملهم الصواب واليه المرجع والمآب (من لعمله اثر) في العين (كصباغ وقصار يقصر بالنشا ونحوه) قيد به ليكون لعمله اثر واحترز به عن غاسل الثوب كما سيأتي (يحبس العين للاجر) لان المعقود عليه وصف في المحل فكان حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع (فلا غرم ان ضاع) العين (بعده) لانه امانة في يده (ولا اجر) لان المعقود عليه هلك قبل القبض (ومن لا اثر لعمله

كالجمال والملاح وغاسل الثوب) بغير ما ذكر (لا يحبس له) اي للاجر ذكر في النهاية ان القصار اذا لم يكن لعمله الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كانه احدثه بالاظهار وعزاه الى الجامع الصغير لقاضيخان (بخلاف راد الابق) حيث يكون له حق حبسه وان لم يكن لعمله اثر في العين فانه كان على شرف الهلاك فكانه احياه وباع منه بالجعل (ان شرط عمله لا يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه بخلاف السلم فان المعقود عليه هناك العين لا العمل فجاز ان يعمل غيره (والا) اي وان لم يشترط عمله (جاز استعمال غيره) لان الواجب عليه احداث المعقود عليه ويمكنه الايفاء بنفسه وبالاستعانة بغيره (استأجر رجلا ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه او) كان عياله (معلومين) لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره (والا) اي وان لم يكن عياله معلومين (فكله) اي فله كل الاجر (و استأجر رجلا لايصال قط او زاد الى زيد ان رده) اي القط او الزاد (لموته) اي زيد (او غيبته) ذكره في النهاية (لا شيء له) اي للاجير لان المعقود عليه في الكتاب نقله لان المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم تعلق به وقد نقضه بالعود فيسقط الاجر ويصير كالخياط اذا خاط الثوب ثم نقضه فانه لا اجر له وكذا الزاد فانه بالعود نقض تسليم المعقود عليه (فان دفع القط الى ورثته) في صورة الموت (او من يسلم اليه اذا حضر) في صورة الغيبة (وجب الاجر بالذهاب) بالاجماع وهو نصف الاجر المسمى لانه اتى باقصى ما في وسعه (وان وجده ولم يوصله اليه لم يجب شيء) لانتفاء المعقود عليه وهو الايصال (صح استيجار دار او دكان بلا ذكر ما يعمل فيه) لان العمل المتعارف فيهما السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فيصح العقد (وله كل عمل) للاطلاق (سوى موهن البناء كالقصارة) لان فيه ضررا ظاهرا فيتقيد العقد بما ورائها دلالة (او ارض) عطف على دار اي صح استيجار ارض (لبناء او غرس) لانه منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة (فاذا مضى المدة قلعه) اي البناء ونحوه وسلم الارض فارغة (الا ان يضمن الموجر قيمته) اي قيمة البناء ونحوه مستحق القلع) فاذا ضمن يتملكه بلا رضى المستأجر ان نقص القلع الارض

والاقبرضاه (اويرضى) اى الموجر (بتركه) فيكون البناء و الغرس لصاحبها والارض لصاحبها (والزرع) اذا انقضت مدته لايجبر على قلعه (بل يترك باجر المثل الى ان يدرك) لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين فيه (والرطبة كالشجر) لان لها بقاء فى الارض ليست كالزرع وقد علم حكم الشجر (اودابة) عطف على ارض اى صح استيجار دابة (للركوب او الحمل) بفتح الحاء (او) استيجار (ثوب للبس ان بين الراكب والحمل) بكسر الحاء (واللابس) قال فى الكنز والدابة للركوب والحمل والثوب للبس عطفا على الدور فى قوله صح اجارة الدور ففهم منه ان اجارة الدابة وما عطف عليه جائزة مطلقا وقد قال فى الكافى فان لم يبين من يركبها وما يحمل عليها او من يلبسه فالاجارة فاسدة ولهذا قلت ان بين الراكب (فان اعم) بان قال على ان يركب او يلبس من شاء او يحمل ما شاء (اركب والبس من شاء وحمل ما شاء) لوجود الاذن من الموجر ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص على ركوبه ابتداء كذا فى الكافى (وان خصص) براكب ولابس (فخالف ضمن) لانه تعدى (كذا كل ما يختلف بالمستعمل كالفسطاط) حتى لو استأجره فدفعه الى غيره اجارة او اعارة فنصبه وسكن فيه ضمن عند ابى يوسف رحمه الله لتفاوت الناس فى نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده وعند محمد لايضمن لانه للسكنى فصار كالدار (و فيما لايختلف به) اى بالمستعمل (بطل التقييد) لانه غير مفيد (فان سمى) فى الحمل (نوعا وقدرا ككر بر له) اى للمستأجر (حمل مثله) فى الضرر وان تساويا (وزنا والاخف) كالسمسم و الشعير (لا الاضر) كالملح والحديد حتى اذا استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة لان الحديد يجتمع فى موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها (وضمن بارداف رجل ان ذكر ركوبه) اى ركوب نفسه (نصف قيمتها) بلا اعتبار الثقل بين المردف والرديف فان الخفيف الجاهل بالفروسية قد يكون اضر من الثقيل العالم بها ذكر الارداف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره ضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملها لان ثقل الراكب مع الذى حمله يجتمعان فى مكان فيكون اشق على الدابة اما اذا كانت لا تطيق فيجب عليه جميع الضمان فى الاحوال كلها قيد بقوله رجلا لانه لو اردف

صبيا لايستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل كذا فى الكفاية (و) ضمن (بالزيادة على حمل معلوم ما زاد ان اطاقت الحمل) اى ضمن قدر ما زاد على قدر الحمل المعلوم فى الثقل لانها هلكت بمأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (والا) اى وان لم تطق حمل مثله (فيضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيه فيكون اهلاكا (ككبحها بضربه) اى الراكب (وكبحه) وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى فانه يضمن بهما لان الاذن مقيد بشرط السلامة لتحقق السوق بدونه (وجوازه بها) اى الدابة (عما) اى عن مكان (استوجرت اليه ولو) وصلية (ذاهبا وجائيا) اى للذهاب والمجئ (وردها اليه) عطف على جوازه بها يعنى اذا استأجرها الى موضع فجاوز بها الى موضع آخر ثم ردها الى الاول ثم نفقت فهو ضامن قيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا ينتهى العقد بالوصول الى الاول فلا تصير بالعود مردودة الى يد المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف فى الوديعة ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب يجرى على اطلاقه والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فيحصل الرد الى نائب المالك وفى الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود قال فى الهداية هذا اصح وقال فى الكافى الاول اصح (ونزع) اى ضمن بنزع (سرج حمار مكترى وايكافه) يعنى اذا اكترى حمارا مسرجا ونزع سرجه واوكفه يضمن (مطلقا) اى سواء كان الاكاف مما يوكف هذا الحمار بمثله اولا اما الثانى فظاهر واما الاول فلان الاكاف ليس من جنس السرج لاختلافهما صورة ومعنى فيضمن القيمة اذا عطبت كما اذا حمل الحديد مكان الحنطة (واسراجه بما لايسرج) اى الحمار (بمثله) حيث يضمن كل قيمته لانه يعد اتلافا للدابة كمن ابدل الحنطة بالحديد (وسلوك) اى يضمن الحمال قيمة متاع حمله ان هلك بسلوك (طريق غير ما عينه المستأجر) لكن الناس يسلكونه ايضا (وقد تفاوتا) اى الطريقان بالطول والقصر والصعوبة والسهولة حتى ان لم يتفاوتا فلا ضمان عليه ان هلك اذ لا فائدة فى تعيينه حينئذ (او سلوك ما لايسلكه الناس) اى يضمن ايضا اذا هلك بسلوك طريق لايسلكه الناس لصحة التقييد وحصول المخالفة (وحمله فى البحر) يعنى اذا حمله فى البحر

فيما يحمله الناس ضمن اذا تلف لان البحر متلف حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في البر لا البحر (وله) اى للحمال (الاجر) فى الصور المذكورة (ان بلغ) المنزل سالما لحصول الحق (استأجر ارضا لزرع بر فزرع رطبة ضمن مانقصت لان الرطبة اعظم ضررا من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن مانقصت (بلا اجر لانه صار غاصبا حيث اشتغل الارض بجنس اخر غير ما امر به (دفع ثوبا) الى خياط (ليخيطه قميصا) بدرهم فخاطه (قباء خير الدافع ان شاء (ضمنه قيمة ثوبه او اخذ القباء باجر مثله ولم يزد على المسمى) قيل معناه القرطق الذى هو ذوطاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو يجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان فى المنفعة لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص ففيه الموافقة والمخالفة فيميل الى اى الجهتين شاء لكن يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو حكم الاجارة الفاسدة (دفع غلامه الى حائك مدة معلومة ليعلم النسج على ان يعطى الاستاد المولى كل شهر كذا جاز ولو لم يشترط على احد اجر فبعد تعلمه طلب الاستاد من المولى اجرا وهو منه) اى المولى من الاستاد (ينظر الى عرف البلدة) فى ذلك العمل فان كان العرف يشهد للاستاد يحكم باجر مثل تعليم ذلك العمل وان كان يشهد للمولى فباجر مثل الغلام على الاستاد وكذا لو دفع ابنه ذكره قاضيخان

(☼) باب الاجارة الفاسدة (☼)

(تفسد) بامور ذكر الاول بقوله (بالشرط المفسد للبيع) لان المنافع يكون لها قيمة بالعقد وتصير به مالا فيعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية دون ماسواها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد ونحوها وذكر الثانى بقوله (والشيوع) بان يوجر نصيبا من داره اونصيبه من دار مشتركة من غير شريكه وانما فسدت لان المقصود منها الانتفاع وهو امر حسى لايمكن بالمشاع ولا يتصور تسليمه فلا تجوز بخلاف البيع لان المقصود به الملك وهو امر حكمى يمكن فى المشاع (فيجوز الاصلى) احترز به عن الشيوع الطارى فانه لايفسد الاجارة فى ظاهر الرواية كما اذا آجر كل الدار ثم فسخا فى النصف اوآجر رجلان دارهما لواحد فمات احدهما او بالعكس (الا من شريكه) فان كل المنفعة تحدث على ملكه فالبعض بحكم الملك الحقيقى والبعض بحكم الاجارة فلا يظهر معنى الشيوع وانما يظهر الاختلاف فى حق السبب ولا عبرة لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم فاذا

لم يظهر

لم يظهر الشيوع صح العقد على انه لايصح فى رواية عن ابى حنيفة كذا فى الكافى وذكر الثالث بقوله (وجهالة المسمى) بان جعل الاجرة ثوبا او دابة بلا تعيين وذكر الرابع بقوله (وعدم التسمية) بان قال اجرتك دارى شهرا اوسنة ولم يقل بكذا وتفسد ايضا اذا استأجر حانوتا اودارا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستأجر ويكون على المستأجر اجر المثل بالغا ما بلغ لانه لما شرط المرمة على المستأجر صارت المرمة من الاجر فيصير الاجر مجهولا ذكره قاضيخان وانما لم يذكر هنا لدخوله تحت قوله وجهالة المسمى (فان فسدت بهما) اى بهذين الاخيرين (وجب اجر المثل باستيفاء المنفعة) اذ قبل استيفائها لايستحق الاجر (بالغا ما بلغ والا) اى وان لم تفسد بهما بل بالشرط او الشيوع (لم يزد) اى اجر المثل (على المسمى) اى اذا كان اجر المثل زائدا على المسمى لايجب الزيادة لانهما رضيا باسقاط حقهما حيث سميا الاقل (وينقص عنه) اى ان كان اجر المثل ناقصا عن المسمى لايجب قدر المسمى لفساد التسمية وانما لزم اجر المثل فى الفساد بهما بالغا ما بلغ ولم يزد على المسمى فى الفساد بغيرهما لان المنافع لاقيمة لها فى انفسها عندنا وانما تتقوم بالعقد او شبهة العقد فاذا لم تتقوم فى انفسها وجب الرجوع الى ما قومت به فى العقد وسقط ما زاد عليه لرضاهما باسقاطه واذا جهل المسمى او عدم التسمية انتفى المرجع ووجب الموجب الاصلى وهو وجوب القيمة بالغة ما بلغت هكذا ينبغى ان يقرر هذا الكلام فان عبارات القوم مضطربة فى هذا المقام (فان اجر داره) تفريع على قوله وجهالة المسمى (بعبد اى عبد مجهول (فسكن مدة) كستة اشهر مثلا (ولم يدفعه) اى العبد (فعليه للمدة اجر المثل بالغا ما بلغ وتفسخ فى الباقى) من المدة (اجر دارا كل شهر بكذا صح فى واحد فقط) وفسد فى الباقى اذ لايمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين الادنى والكل لعدم اولوية بعضها من البعض فتعين الادنى واذا تم الشهر الاول فلكل منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (وفى كل شهر سكن فى اوله) فانه اذا سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضى الا بعذر وكذا كل شهر سكن فى اوله لان التراضى منهما بالعقد يتم بالسكنى فى الشهر الثانى وهذا هو القياس وقد مال اليه بعض المتأخرين وفى ظاهر الرواية لكل منهما الخيار فى الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها لان ذلك رأس الشهر وفى اعتبار الاول نوع حرج (الا ان يسمى الكل) بان يقول اجرتها ستة اشهر كل شهر بكذا

متعلق بالمسئلتين معا يعنى اذا بين جملة الشهور وعين حصة كل منها جاز العقد لان المدة صارت معلومة فارتفع المانع من الجواز (اجرها سنة بكذا صح وان لم يسم اجر كل شهر) لان المدة معلومة الا يرى ان اجارة شهر واحد تصح وان لم يسم قسط كل يوم (واول المدة ماسمى) بان يقول من شهر رجب من السنة (والا) اى وان لم يسم شيئا (فوقت العقد) لان الاوقات كلها فى حكم الاجارة سواء وفى مثله يتعين الزمان الذى يعقب السبب كما فى الآجال بان باع الى شهر والايمان بان حلف لايكلم فلانا حيث اعتبر فيهما الابتداء بعد الفراغ من التكلم (فان كان) اى العقد (حين يهل الهلال (اعتبر الاهلة) اى شهور السنة كلها بالاهلة لان الاهلة اصل فى الشهور قال الله تعالى * قل هى مواقيت للناس (والا فالايام) لان الاصل اذا تعذر يصار الى البدل (استأجر عبدا باجر معلوم و بطعامه لم يجز) لجهالة بعض الاجزاء (جاز اجارة الحمام) فجاز اخذ اجرته لماروى انه صلى الله تعالى عليه وسلم دخل الحمام فى الجحفة ولتعارف الناس (والحجام) لماروى انه صلى الله تعالى عليه وسلم * احتجم واعطى اجرته (والظئر باجر معين) والقياس ان لا تصح لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستيجار البقرة والشاة لبشرب لبنها والبستان ليأكل ثمرها وجه الاستحسان قوله تعالى * فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن * وعليه انعقد الاجماع وقد جرى به التعامل فى الاعصار بلا نكير ولا نسلم ان العقد ورد على استهلاك العين بل على المنفعة وهى حضانة الصبى وتلقيمه ثديها وتربيته وخدمته واللبن تابع وانما لاتستحق الاجرة اذا ارضعت بلبن الشاة لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها لانه ايجار وليس بارضاع (وطعامها وكسوتها) وعندهما لاتجوز للجهالة وله ان الجهالة انما تفسد العقد لافضائها الى المنازعة وهنا ليس كذلك لان العادة بين الناس التوسعة على الاظآر لان منفعة ذلك ترجع الى اولادهم (وللزوج وطئها لا فى بيت المستأجر الا باذنه) يعنى ليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطئ حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه لكن المستأجر يمنعه من وطئها فى منزله لان المنزل ملكه فلا يجوز له ان يدخله بلا اذنه (وله) اى للزوج (فى نكاح ظاهر) بين الناس او عليه شهود (فسخها) اى فسخ اجارة الظئر (ولو بغير اذنه) سواء كان الزوج ممن يشينه ان تكون امرأته ظئرا او لا لان هذه الاجارة توجب خللا فى حق الزوج وللزوج ان يمنع امرأته

عما يوجب خللا فى حقه (وفيما) اى فى نكاح غير ظاهر بل (باقرارها لا) اى ليس له ان يفسخ الاجارة لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول فى حق من استأجرها (وجاز للمستأجر فسخها ان مرضت او حبلت) لان لبنها تضر بالولد (وعليها غسل الصبى وثيابه واصلاح طعامه ودهنه) لان العادة ان الظئر هى التى تتولى هذه الامور فصار ذلك كالمشروط (لا ثمن شئ منها) اى من الثياب والطعام والدهن (وهو) اى ثمنه (واجره) اى اجر عمل المرضعة ارضاعها (على ابيه) وفرع على هذا بقوله (فان ارضعته بلبن شاة او غذته بطعام ومضت المدة فلا اجر) فان اجر الارضاع لما كان على الاب كان ترك الارضاع حرمانا عن الاجر فان الارضاع هو اشراب الصبى لبنها بادخال حلمة ثديها فى فمه ولذا قال صاحب الهداية فان هذا ايجار وليس بارضاع فقولهم فان ارضعته يكون من قبيل المشاكلة (بخلاف ما اذا دفعته الى خادمتها حتى ارضعته) حيث تستحق الاجر كذا فى الكفاية (ولم تصح) الاجارة (للاذان والامامة والحج وتعليم القرآن والفقه والغناء والملاهى والنوح) وفى المحيط فى كتاب الاستحسان اذا اخذ المال بلا شرط يباح لانه اعطاء مال عن طوع بلا عقد (وعسب التيس) وهو ان يؤجر فحلا لينزو على الاناث والمراد اخذ الاجرة عليه والاصل ان الاجارة لاتجوز عندنا على الطاعات والمعاصى لكن لما وقع الفتور فى الامور الدينية جوزها المتأخرون ولذا قال (ويفتى اليوم بصحتها) اى الاجارة (لتعليم القرآن والفقه والامامة والاذان ويجبر المستأجر على دفع الاجر ويحبس به وعلى الحلوة المرسومة) وهى هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض سور القرآن سميت بها لان العادة اهداء الحلاوى (تفسد) اى الاجارة (ان دفع الى آخر غزلا لينسجه بنصفه او استأجر حمارا ليحمل زاده ببعضه) اى ببعض الزاد (او ثورا ليطحن بره ببعض دقيقه) هذا الاخير يسمى قفيز الطحان وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عنه لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله والاولان فى معناه (او من يخبز له كذا اليوم بكذا) اى اذا استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة الاصوع من الدقيق اليوم بدرهم فسد عند ابى حنيفة لجهالة المعقود عليه لان ذكر الوقت يقتضى كونه المنفعة وذكر العمل مع تقدير الدقيق يقتضى كونه العمل ولا ترجيح لاحدهما على الآخر مع ان نفع المستأجر فى وقوعها على العمل لانه لا يستحق الاجرة الا به لكونه اجيرا مشتركا

ونفع الاجير فى وقوعها على المنفعة لانه يستحق الاجرة بمضى المدة عمل اولا فيفسد العقد ولوكان المعقود عليه كليهما اى يعمل هذا العمل مستغرقا لهذا اليوم فهو غير مقدور عادة وعن ابى حنيفة انه اذا سمى عملا وقال فى اليوم جازت الاجارة لان فى للظرف لالتقدير المدة فلايقتضى الاستغراق وكان المعقود عليه العمل وهو معلوم (اوارضا بشرط ان يثنيها او يكرى انهارها او يسرقنها) لان اثر هذه الافعال يبقى بعد انقضاء المدة وليست من مقتضيات العقد وفيه نفع صاحب الارض فتفسد كالبيع (بخلاف استيجارها على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها) لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة مستحقة بالعقد وهى لاتتأتى الابالسقى والكرب فلا تفسد به (وبلاذكر زراعتها اومايزرع فيها لم تصح) اما الاول فلان الارض تستأجر للزراعة والبناء والغرس فما لم يبين شيئا منها لم يعلم المعقود عليه واما الثانى فلتفاوت انواع الزراعات واضرار بعضها بالارض فالم يبين شيئا منها لم يعلم المعقود عليه (الاان يعمم الموجر) بان يقول على ان تزرع ماشئت فحينئذ تصح لوجود الاذن منه (ولوزرعها) بلاذكر الزراعة اومايزرع (فمضى الاجل عاد) اى العقد (صحيحا) وله المسمى لارتفاع الجهالة بالزراعة قبل تمام العقد (استأجر حملا الى بغداد ولم يسم حمله فحمل معتادا فهلك لم يضمن) لان الاجارة فاسدة والعين امانة ولم يوجد التعدى (وان بلغ) المكان المعهود (فله المسمى) من الاجر استحسانا والقياس ان يجب اجر المثل لانه وقع فاسدا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد (فان نازعا) اى العاقدان (قبل الزرع) فى الصورة الاولى (اوالحمل) فى الصورة الثانية (فسخت الاجارة) يعنى فسخها القاضى دفعا للفساد (وان تعدى) اى المستأجر على الدابة (وضمن اوحمل طعاما مشتركا) بينه وبين آخر فاستأجر احدهما الآخر اوحماره الى مكان كذا فحمل الطعام كله (فلااجرله) لاالمسمى ولااجر المثل امافى الاول فلماتقرر ان الاجر والضمان لايجتمعان واما فى الثانى فلان العقد ورد على ما لايحتمل الوجود فبطل كاجارة مالامنفعة له لان المعقود عليه حمل النصف الشايع وحمله غير متصور لانه فعل حسى لايتصور فى الشايع من حيث انه شايع بخلاف البيع لانه تصرف شرعى وهو يحتمله (كمافى الجحود فى الطريق) يعنى استأجر دابة ثم جحد الاجارة فى بعض الطريق وجب اجر ماركب

قبل

قبل الانكار ولايجب الاجر لمابعده عند ابى يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لايجتمعان وعند محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان كذا فى الكافى وزاد فى شرح المجمع للمصنف بعد قوله فسقط الضمان قوله وعقد الاجارة قائم لان الاجارة لاتنفسخ به وحده فوجب له الاجر المسمى على المستأجر لالتزامه بذلك (اجارة النفع بالنفع تجوز اذا اختلفا واذا اتحدالا) يعنى اذا اجر داره ليسكنها بسكنى دار اخرى اودابة بركوب دابة اخرى اوثوبه ليلبسها بلبس ثوب آخر لم يجز عندنا لان المعقود عليه مايحدث من المنفعة وذا غير موجود فى الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشئ بجنسه نسئه والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام كذافى الكافى اقول يردعلى ظاهره ان قوله لان النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام مخالف لماقال فى باب الربوا ان وجد القدر والجنس حرم الفضل والنساء لوجود العلة وان وجد احدهما وعدم الآخر حل الفضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا فى هروى او برا فى شعير وان عدما حل الفضل والنساء فان البر والشعير جنسان مختلفان وقد حرم النساء فيه ودفعه ان مراده بالجنس المختلف مالايكون فيه قدر كبيع حفنة بر بحفنتى شعير حيث جاز فيه النسيئة لاختلاف الجنس وانتفاء القدر كمامر فى بابه وههنا كذلك فان جنس النفع اذا اختلف وليس النفع من المقدرات الشرعية لم يحرم النساء لانتفاء جزئى العلة فيكون هذا داخلا فى قوله وان عدما حل الفضل والنساء هذا وقد علل فى المحيط عدم الجواز اذا اتحد الجنس بان المنافع معدومة فى الطرفين فكانت نساء لاعينا والنبى صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن بيع الكالى بالكالى الاانه خص عنه خلاف الجنس بالاجماع

)باب من الاجارة(

الاجير نوعان احدهما (الاجير المشترك) وثانيهما الاجير الخاص وسيأتى بيانه الاول (من يعمل لالواحد) كالخياط ونحوه (او يعمل له) اى لواحد عملا (غير موقت) فاذا استأجر رجلا وحده للخياطة اوالخبز فى بيته غير مقيد بيوم اويومين كان اجيرا مشتركا وان لم يعمل لغيره (اوموقتا بلاتخصيص) يعنى اذ استأجر رجلا لرعى غنمه شهرا بدرهم فهو اجير مشترك الاان يقول ولاترع غنم غيرى فحينئذ يصير اجير وحد وسيأتى تحقيقه (وانما يستحق

اى لايستحق الاجير المشترك (الاجر) الا (بعمله كالصباغ ونحوه) لان الاجارة عقد معاوضة فيقتضى المساواة بين العوضين فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر وهو العمل لايسلم للاجير العوض وهو الاجر (ولايضمن ماهلك فى يده) سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة او بمالايمكن كالحريق الغالب والغارة لان العين امانة عنده لانه قبضه باذن المالك لمنفعته وهى اقامة العمل فيه له فلايكون مضمونا عليه كالمودع واجير الوحد (وان) وصلية (شرط عليه الضمان) لانه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين اما فيما لايمكن الاحتراز عنه فبالاجماع واما فيما يمكن فعلى الخلاف فعندهما يجوز لانه يقتضيه العقد عندهما وعنده يفسد لما ذكر (وافتى المتأخرون بالصلح على النصف) لاختلاف الصحابة فيه كذا فى العمادية (بل) يضمن (ماهلك بعمله كالخرق) اى خرق الثوب الحاصل (من الدق) اى دق القصار (وزلق الحمال) فان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت فى المشى (وانقطاع حبل يشد به الحمل) فان التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق فى شد الحمل (وغرق السفينة من مده الا آدميا غرق) اى لايضمن آدميا غرق من مده السفينة (اوسقط من دابة) وان كان بسوقه اوقوده لان ضمان الادمى لايجب بالعقد بل بالجناية ومايجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لاتحمل ضمان العقود وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه (اوهلك من حجامة او فصد لم يجز المعتاد كذا دابة) اى لايضمن ايضا دابة هلكت من فصده ونحوه (لم يجزه) اى لم يجز المعتاد لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه والواجب لايجامعه الضمان كما اذا حد القاضى اوعزر ومات المضروب به الا ان يمكن التحرز عنه كدق الثوب ونحوه اذ بقوة الثوب ورقته يعلم مايحتمله من الدق بالاجتهاد فامكن تقييده بالسلامة بخلاف الفصد ونحوه فانه يبتنى على قوة الطبع وضعفه ولايعرف ذلك بنفسه ولاما يحتمله من الجرح فلايمكن تقييده بالسلامة فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد كله اذا لم يهلك واذا هلك يضمن نصف دية النفس لانه هلك بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف حتى ان الختان لوقطع الحشفة وبرأ المقطوع يجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فيجب عليه دية كاملة وان مات يجب عليه نصف الدية وهى من الغرائب بحيث يجب الاكثر بالبرأ والاقل بالهلاك ذكره الزيلعى (فان انكسر دن فى الطريق ضمن الحمال قيمته

فى مكان حمله بلا اجر او مكان كسره بحصة اجره) اما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل واما الخيار فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل بامره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اى الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمنه قيمته فى الابتداء ولايجب الاجر اذ تبين انه كان متعديا من الابتداء وان مال الى كونه مأذونا فيه فى الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمن قيمته عند الكسر واعطاه اجرته بحسابه (و) ثانى النوعين الاجير (الخاص) ويسمى اجير وحد ايضا (هو من يعمل لواحد عملا موقتا بالتخصيص) وفوائد القيود عرفت مما سبق (ويستحق الاجر بتسليم نفسه مدته وان يعمل كاجير شخص لخدمته اورعى غنمه) وليس ان يعمل لغيره لان منافعه صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه مالم يمنع من العمل مانع كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل اعلم ان الاجير للخدمة اولرعى الغنم انما يكون اجيرا خاصا اذا شرط عليه ان لايخدم غيره ولايرعى لغيره اوذكر المدة اولا نحو ان يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة باجر معلوم فانه اجير خاص باول الكلام اقول سره انه اوقع الكلام على المدة فى اوله فيكون منافعه للمستأجر فى تلك المدة فيمتنع ان يكون لغيره فيها ايضا وقوله بعد ذلك ليرعى الغنم يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير اجيرا مشتركا لانه من يقع عقده على العمل وان يكون لبيان نوع العمل الواجب على الاجير الخاص فى المدة فان الاجارة على المدة لاتصح فى الاجير الخاص مالم يبين نوع العمل بان يقول استأجرتك شهرا للخدمة او للحصاد فلايتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فبقى اجير وحد مالم ينص على خلافه بان يقول على ان ترعى غنم غيرى مع غنمى وهذا ظاهر اواخر المدة بان استأجر ليرعى غنما مسماة له باجر معلوم شهرا فح يكون اجيرا مشتركا باول الكلام لايقاع العقد على العمل فى اوله وقوله شهرا فى اخر الكلام يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير اجير وحد ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذى وقع العقد عليه فلايتغير اول كلامه بالاحتمال مالم يصرح بخلافه (ولايضمن ماهلك فى يده او بعمله) اما الاول فلان العين امانة فى يده بالاجماع اما عنده فظاهر واما عندهما فلا تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال من خلق كثير طمعا

فى كثرة الاجر وقد يعجز عن القيام بها فتمكث عنده طويلا فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه لئلا يتساهل فى حفظها واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فاخذا فيه بالقياس واما الثانى فلان المنافع صارت مملوكة للمستأجر فاذا امره بالصرف الى ملكه صح وصار نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه وفرع عليه بقوله (فلا يضمن ظئر صبى صاع) اى الصبى (فى يدها اوسرق ما عليه) اى على الصبى من الحلى لكونها اجير وحد (صح ترديد الاجر بالترديد فى العمل) نحو ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين (وزمانه) نحو ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصفه (ومكانه) نحو ان سكنت فى هذه الدار فبدرهم او هذه فبدرهمين (والعامل) نحو ان تسكن فيه عطارا فبدرهم وان تسكن حدادا فبدرهمين (والمسافة) نحو ان تذهب الى كوفة فبدرهم وان تذهب الى واسط فبدرهمين (والحمل) نحو ان تحمل عليها شعيرا فبدرهم او برا فبدرهمين وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء ولو بين اربعة لم يجز كما فى البيع والجامع دفع الحاجة لكن يجب اشتراط خيار التعيين فى البيع لا الاجارة لان الاجر انما يجب بالعمل واذا وجد يصير المعقود عليه معلوما وفى البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة بحيث لا يرتفع النزاع الا باثبات الخيار له (و يجب اجر ما وجد) من الامرين المردد فيهما قليلا كان او كثيرا (لكن اذا كان) اى الترديد (فى الزمان) نحو ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصفه (يجب فى الاول) اى يجب اذا وجد العمل فى اليوم الاول من اليومين المردد فيهما (ما سمى) من الاجر (وفى الثانى) اى يجب اذا وجد العمل فى اليوم الثانى منهما (اجر المثل غير زائد على المسمى وعندهما الشرطان جائزان وعند زفر فاسدان لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع فى كل يوم تسميتان والواجب احديهما وهى مجهولة كما لو قال خطه اليوم بدرهم او نصف درهم ولهما ان كل واحد مقصود فصار كاختلاف النوعين كالرومية والفارسية وله ان العقد المضاف الى الغد لم يثبت فى الاول فلا يجتمع فى اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا فى اليوم والمضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع الغد تسميتان درهم او نصف درهم فيكون الاجر مجهولا وهى تمنع جواز العقد (بنى المستأجر تنورا او كانونا فى الدار المستأجرة واحترق بعض بيوت الجيران او الدار لا ضمان عليه مطلقا) اى سواء بنى باذن صاحب الدار اولا لان هذا انتفاع بظاهر الدار على وجه لا يغير هيئة الباقى

الى

الى النقصان (الا ان يصنع ما لا يصنعه الناس) من ترك الاحتياط فى وضعه وايقاد نار لا يوقد مثلها فى التنور والكانون كذا فى العمادية (استأجر حمارا فضل عن الطريق ان علم انه لا يجده بعد الطلب لم يضمن كذا راع ند شاة من قطيعة فخاف على الباقى ان تبعها) كذا فى الخانية (لا يسافر بعبد موجر للخدمة بلا شرطه) لان فى خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق لا يسترد مستأجر اجر عمل عبد محجور) يعنى اذا استأجر عبدا محجورا شهرا واعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر لان هذه الاجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا لان فسادها لرعاية حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه فى الصحة ووجوب الاجر له ولا يضمن آكل غلة عبد غصبه فاجر هو) اى العبد (نفسه) يعنى رجل غصب عبدا فآجر العبد نفسه وسلم عن العمل صحت الاجارة لكونه نفعا فى حق المولى فان اخذ العبد الاجر فاخذ الغاصب الاجرة فاكله لا يضمن عند ابى ح وقالا يضمن لانه اتلف مال الغير بلا تأويل لان الاجر مال المولى وله انه اتلف مالا غير متقوم فى حق المتلف فلا يضمن كنصاب السرقة بعد القطع (كما اذا آجر الغاصب) فانه اذا آجر عبدا غصبه واخذ الاجرة واتلفه لا يضمن لان الاجر له (وصح للعبد قبضها) اى الاجرة الحاصلة من ايجار نفسه اتفاقا لانه نافع محض مأذون فيه كقبول الهبة وفائدته تظهر فى حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه (و يأخذها مولاه قائمة) لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما فى نصاب السرقة بعد القطع فانه غير متقوم وملك للمالك (استأجر عبدا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح على الترتيب) المذكور لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلى العقد تحريا للجواز فينصرف الثانى الى ما يلى الاول ضرورة (حكم الحال ان اختلفا فى اباق العبد ومرضه وجرى ماء الرحى) يعنى ان استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى اول الشهر ثم جاء آخر الشهر والعبد مريض او آبق واختلفا فقال المستأجر مرض هو او ابق من اول المدة وقال الموجر فى اخرها حكم الحال فان كان العبد آبقا او مريضا فى الحال يحكم بانه كذلك من اول المدة فلا يجب الاجر وان لم يكن آبقا او مريضا يحكم بانه كذلك من اول المدة فيجب الاجر وكذا الاختلاف فى جرى ماء الرحى (القول لرب الثوب فى القميص والقباء والصفرة والحمرة) يعنى اذا قال رب الثوب للخياط امرتك ان تخيط ثوبى قباء فخطته قميصا او للصباغ امرتك ان تصبغ ثوبى

احمر فصبغته اصفر وقال الخياط والصباغ ما امرتنى هو الذى فعلته فالقول فى الصورتين لرب الثوب مع اليمين لان الاذن يستفاد من قبله فكان القول قوله فيما اذن فيه فاذا لم يكن لهما بينة فحلف رب الثوب فى الصورة الاولى خيران شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا اجرله وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به المسمى لانه امتثل امره فى اصل ما امر به وهو القطع والخياطة لكن خالفه فى الصفة فيختار ايهما شاء وفى الثانية خيران شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ ثوبه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى ايضا (و) القول لرب الثوب (فى الاجر وعدمه) اى صدق رب الثوب مع يمينه فى قوله عملت لى مجانا لاصانع قال بل باجر لانه ينكر العقد ووجوب الاجر وتقوم عمله

*) باب فسخ الاجارة (*

(تفسخ) اى للمستأجر ولاية الفسخ لانها تنفسخ لاحتمال الانتفاء بوجه اخر ولهذا لم يقل تنفسخ (بخيار الشرط) بان استأجر دارا سنة على انه اوالموجر بالخيار فيها ثلثة ايام وانما تفسخ به لانه عقد معاوضة ولا يجب قبضه فى المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع (و) بخيار (الرؤية) لانه صلى الله تعالى عليه وسلم قال * من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه والاجارة شراء المنافع فيتنا وله ظاهر الحديث لفظا اودلالة (و) بخيار (عيب) حاصل (قبل العقد وبعده) اما جواز الرد بعيب حاصل قبل العقد فظاهر واما جوازه بما بعد العقد فلان المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حاصلا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما فى البيع وعلى هذا لافرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر او قبله لان الذى حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع كذا فى شروح الهداية (يفوت النفع) صفة عيب (كخراب الدار وانقطاع ماء الرحى (و) ماء (الارض) فان كلا منها يفوت النفع فيثبت خيار الفسخ (او يخل) عطف على يفوت (به) اى بالنفع يعنى ان العيب لا يفوت النفع بالكلية بل يخل به بحيث يجوز ان ينتفع به فى الجملة (كمرض العبد ودبر الدابة) فان الاجارة تفسخ به ايضا (فلو لم يخل) اى العيب (به) اى بالنفع (او انتفع) اى المستأجر (بالمخل) بالنفع واستوفى المنفعة وقد رضى بالعيب (او ازاله) اى الاخلال (الموجر سقط خياره) لزوال سببه ولذا قالوا ان العيب

اذا لم يخل

اذا لم يخل بالنفع المقصود لم يكن مجوزا للفسخ نحو ما اذا كان فى الدار حائط للجمال ولا ينتفع به فى سكناها وسقط ذلك الحائط لبس له ولاية الفسخ لان المعقود عليه المنفعة فاذا لم يتمكن الخلل فيها لم يثبت الخيار (وبعذر) عطف على بخيار الشرط (لزوم ضرر لم يستحق بالعقد ان بقى) اى العقد (كما فى سكون وجع ضرس استوجر) حداد (لقلعه) فان العقد ان بقى لزم قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد (وموت عرس او اختلاعها استوجر) اى طباخ (لطبخ وليمتها) فان العقد ان بقى تضرر المستأجر باتلاف ماله فى غير الوليمة (ولزوم دين) عطف على لزوم ضرر (لا يقضى الا بثمن الموجر) فانه اذا آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمه ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما اجر واراد فسخها يفسخ والا لزمه ضرر الحبس (وسفر) عطف على لزوم (مستأجر عبد للخدمة فى المصر ومطلقا) اى غير مقيد بكونها فى المصر وان كان محمولا على الخدمة فى المصر فان منع مالكه عن السفر فللمستأجر الفسخ لوجود العذر وان اراد المستأجر سفره فلمالكه الفسخ لوجود العذر وان رضى المالك سفره فلبس للمستأجر الفسخ لانتفاء العذر (وافلاس مستأجر دكان ليتجر) فان الاجارة ان بقيت لزم اداء اجر الدكان وهو ممتنع بالافلاس (و) افلاس (خياط يعمل بماله استأجر عبدا ليخيط فترك عمله) قيد بقوله يعمل بماله لان من لبس له مال و يعمل بالاجر فرأس ماله ابرة ومقراض فلا يتحقق العذر فى حقه (وبداء مكترى الدابة من سفره) فانه عذر لانه لو مضى على موجب العقد لزمه ضرر زائد لاحتمال كون قصده سفر الحج فذهب وقته او طلب غريم له فحضر او التجارة فافتقر (بخلاف) متعلق بقوله وخياط يعمل بماله استأجر عبدا (ترك مستأجره) اى مستأجر عبد (له) اى ليخيط (ليعمل) متعلق بالترك (فى الصرف) فانه لا يكون عذرا اذ يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة فى ناحية ويعمل فى الصرف فى ناحية (وبداء المكارى) متعلق بقوله وبداء المكترى فانه لبس بعذر ايضا اذ يمكنه ان يقعد ويبعث دوابه على يد تلميذه او اجيره (وبيع ما اجره) متعلق بقوله ولزوم دين فانه ايضا لبس بعذر بدون لحوق دين كما مر (وتنفسخ) الاجارة بلا حاجة الى الفسخ (بموت احدهما) اى احد العاقدين (لو عقدها لنفسه) لانها لو بقيت تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانتقالها الى الوارث وهو لا يجوز (ولو) عقدها (لغيره لا)

اى لاتنفسخ (كالوكيل والوصى والمتولى) لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لومات المعقود له بطلت لما ذكرنا (و) تنفسخ (بموت احد المستأجرين او الموجرين فى حصته فقط) و بقيت فى حصة الحى وقال زفر تبطل فيهما لان الشيوع مانع قلنا الشروط يراعى وجودها فى الابتداء لا البقاء كالشهادة فى النكاح

) مسائل شتى (

(احرق حصائد ارض) وهى جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود فى الارض (استأجرها او استعارها فاحترق ما فى ارض غيره لم يضمن) لان هذا تسبيب وليس بمباشرة فلا يكون متعديا كحافر البئر فى ملكه (ان لم تضطرب الرياح) قال الامام شمس الائمة عدم الضمان اذا كانت الرياح ساكنة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة فيضمن لان موقد النار يعلم انها لاتستقر فى ارضه فيكون مباشرا (وضع جمرة فى الطريق فاحرقت شيئا ضمن) لانه متعد بالوضع ولو رفعها الريح الى شئ فاحرقته لايضمن لان الريح فسخت فعله كذا فى النهاية (سقى ارضه سقيا لاتحمله) اى لاتحمل تلك الارض ذلك السقى (فتعدى) اى الماء (الى جاره ضمن) لانه مباشر لا مسبب (اقعد خياط ونحوه فى دكانه من يطرح عليه العمل بالنصف جاز) فان صاحب الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة ولكن لايكون حاذقا فى العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه العمل وكان القياس ان لايجوز لانه استأجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول كقفيز الطحان لكنه جاز استحسانا لانه شركة الوجوه فى الحقيقة فان هذا بوجاهته يقبل وذاك بحذاقته يعمل فينتظم المصلحة ولايضره الجهالة فيما يحصل (كاستيجار جمل ليحمل عليه محملا وراكبين وحمل محملا معتادا) فانه جائز استحسانا وفى القياس لايجوز وهو قول الشافعى لان المحمل متفاوت مجهول فيفضى الى النزاع وجه الاستحسان ان الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد (واراءته اجود) اى اراءة المحمل الجمال احسن لان المشاهدة انفى للجهالة (استأجره) اى جملا (ليحمل قدر زاد فاكل منه رد عوضه) لانه استحق عليه حملا مقدرا فى جميع الطريق فله ان يستوفيه (قال لغاصب داره فرغها والا فاجرتها كل شهر بكذا فلم يفرغ وجب

المسمى

المسمى) لانه اذا عين الاجرة والغاصب رضى بها ظاهرا انعقد بينهما عقد اجارة (الا اذا انكر الغاصب ملكه) فانه اذا انكره لم يكن راضيا بالاجارة (وان) وصلية (اثبته) اى اثبت صاحب الدار كونها ملكا له (او اقر) اى الغاصب (به) اى بملكه (ولم يرض بالاجر) اى صرح بعدم رضاه به فحينئذ لايفيد رضاه ظاهرا (للمستأجر) اى جازله (ان يوجر الاجير من غير موجره) ولايجوز ان يوجره لموجره لان الاجارة تمليك المنفعة والمستأجر فى حق المنفعة قائم مقام الموجر فيلزم تمليك المالك (ويعير ويودع فيما لايختلف الناس فى الانتفاع به) لانه لما ملك منافعه جازله ان يملكها لكن لا فيما يختلف الناس فى الانتفاع بها والا كان متعديا (فاذا استأجر دابة ليركب لايوجر غيره ولايعيره) لانه مما يختلف الناس فى الانتفاع به (وكله لاستيجار دار ففعل وقبض ولم يسلمها اليه حتى مضت المدة رجع الوكيل بالاجر على الآمر كذا ان شرط تعجيل الاجر وقبض ومضت المدة ولم يطلب الامر وان طلب وابى ليعجل) اى الاجر (لا) اى لايرجع على الآمر يعنى لو وكل رجلا ليستأجر له دارا معينة فاستأجر فقبضها ومنعها من الآمر اولا حتى مضت المدة فالاجر على الوكيل لانه اصيل فى الحقوق ورجع الوكيل بالاجر على الآمر لانه فى القبض نائب عن الموكل فى حق ملك المنفعة فصار قابضا له حكما فان شرط الوكيل تعجيل الاجر وقبض الدار ومضت المدة ولم يطلبها الآمر منه رجع الوكيل بالاجر عليه لان الآمر صار قابضا بقبضه ما لم يظهر المنع ولو طلبها فابى حتى يعجل لايرجع به على الآمر لانه لما حبس الدار من الآمر وله حق الحبس خرجت يد الوكيل من ان تكون يد نيابة فلم يصر الموكل قابضا حكما ولم تصر المنافع حادثة فى يد الموكل حكما فلم يجب الاجر على الموكل كذا فى الكافى (للقاضى الاجرة على كتب المكاتيب قدر ما يجوز لغيره) لان كتبها ليس من افعال القضاء ليحرم (المستأجر لايكون خصما لمدعى الاجارة والرهن والشراء) لان الدعوى لايكون الا على مالك العين (بخلاف المشترى) لانه مالك العين كذا فى العمادية

) كتاب العارية (

لما فرغ من كتاب تمليك النفع بعوض شرع فى كتاب تمليك النفع بلاعوض فى الصحاح وهى بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وفى الهداية وهى من العرية وهى العطية وفى الكافى هى من التعاور

وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة فى الانتفاع بملكه الى ان يعود اليه (هى) لغة ماذكر وشرعا (تمليك نفع بلاعوض) وبهذا يخرج الاجارة (وتصح باعرتك) لانه صريح فيها (واطعمتك ارضى) لان الاطعام اذا اضيف الى مالايطعم كالارض يراد به اكل غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال (ومنحتك ثوبى هذا) اوجاريتى هذه اذالم يردبه الهبة فان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع واصله ان يعطى ناقة اوشاة لشرب لبنها ثم ترد وكثراستعماله فى تمليك العين فاذا اريد به الهبة افادملك العين والابقى على اصل وضعه (وحملتك على دابتى هذه) اذالم يردبه الهبة فان هذا اللفظ يستعمل عرفا فى الهبة لماسبق من قولهم حمل الامير فلانا على الفرس ويراد به التمليك ومعناه لغة هوالاركاب وهومستعمل فيه ايضا فاذا نوى احدهما صحت وان لم يكن له نية حمل على الادنى لئلايلزم الاعلى بالشك اقول بهذا التقرير يندفع مااعترض صاحب الكافى على الهداية بوجهين احدهما انه جعل فى كتاب العارية هذين اللفظين يعنى منحتك وحملتك حقيقة لتمليك العين ومجازا لتمليك المنفعة ثم ذكر فى كتاب الهبة فى بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذانوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هوالاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة وثانيهما انهما اذاكانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلانية فعند عدم ارادة الهبة لايحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة امااندفاع الاول فلانه اراد بجعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين فى العارية جعلهما حقيقة له عرفا فيكونان مجازين لتمليك المنفعة عرفا ضرورة واراد بجعل الحمل حقيقة للاركاب جعله حقيقة له لغة فيكون لتمليك العين مجازا لغة ضرورة فلامنافاة واما اندفاع الثانى فلان الحقيقة انماتراد باللفظ بلاقرينة اذالم يعارضها مجاز مستعمل فان النية اذاانتفت كان المعنى العرفى واللغوى المستعمل مستويين فى الارادة فيجب حمل اللفظ على الادنى لئلايلزم الاعلى بالشك (واخدمتك عبدى) فانه اذن له فى الاستخدام فيكون عارية (ودارى لك سكنى و) دارى لك (عمرى سكنى) فان لفظ سكنى محكم فى ارادة النفع فيصرف اللام عن افادة الملك (ويرجع المعيرمتى شاء) لان المنافع تملك شيئا فشيئا بحسب حدوثها فمالم توجد لم تملك فصح الرجوع (ولايضمن اذاهلكت بلاتعد لانها امانة (ولاتوجر) اى العارية (ولاترهن) لان الاعارة دون الاجارة والرهن والشئ لايتضمن مافوقه (فان آجراورهن المستعيرفهلكت) العارية

(ضمنه المعير) اى ضمن المعيرالمستعير لانها اذالم تتناولهما كان كل منهما غصبا (ولايرجع) اى المستعير (على احد) اذظهر بالضمان انه آجر اورهن ملك نفسه (او) ضمن (المستأجرويرجع) اى المستأجر (على الموجر دفعا لضرر الغرور عنه (ان لم يعلم انه عارية معه) وان علم فلايرجع لانه لم يغره فصاركالمستأجرمن الغاصب عالمابالغصب (وتعار) اى العارية (مطلقا) اى سواءاختلف استعماله اولا (ان لم يعين منتفعا) لانها لماكانت لتمليك المنافع جاز ان يعير لان المالك يملك التمليك (كالمستأجر) يملك ان يوجر والموصى له بالخدمة يملك ان يعير (و) يعار (مالايختلف استعماله ان عينه) اى منتفعا وفرع على قوله وتعارمطلقا بقوله (فمن استعار دابة مطلقا يحمل عليها ماشاء ويعيرله) اى للحمل (ويركب) بنفسه (ويركب غيره واياًفعل تعين وضمن بغيره) حتى لوركب بنفسه لبس له ان يركب غيره اذ تعين ركوبه ولواركب غيره لبس له ان يركب بنفسه حتى لوفعله ضمن (وان اطلق) اى المعير (الانتفاع فى الوقت والنوع انتفع ماشاء اى وقت شاء) لانه يتصرف فى ملك الغير فيملك التصرف على الوجه الذى اذن له فيه (وان قيد ضمن) اى المستعير (بالخلاف الى شرفقط) التقييد اما فى الوقت لاالنوع اوبالعكس اوفيهما فان عمل على وفاق القيد فظاهر وان خالف الى شرشئ يضمن والى مثل اوخيرلا (عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود المتقارب قرض) لان الاعارة تمليك المنفعة ولاينتفع بهذه الامور الا بالاستهلاك عينها ولايملك استهلاكها الااذاملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة اوالقرض والقرض ادناهما ضررا لكونه موجبا لرد المثل هذا (اذالم يعين الجهة) اما اذاعينها كاستعارة الدراهم ليعيربها الميزان اويزين بها الدكان ونحو ذلك من الانتفاعات فتصير عارية امانة لبس الانتفاع باهلاكها فكان نظير عارية الحلى والسيف المحلى وفرع على كونها قرضا بقوله (فيضمن بهلاكها قبل الانتفاع) كماهوحكم القرض (صح الاعارة) اى اعارة الارض (للبناء والغرس) لان منفعتهما معلومة تملك بالاجارة فتملك بالاعارة (وله) اى للمعير (ان يرجع) لان الاعارة لبست بلازمة (ويكلف قلعهما) اى البناء والغرس لانه شاغل ارضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الااذاشاءان يأخذهما بقيمتهما اذااستضرت الارض بالقلع فح يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلايتلف ارضه عليه ويستبد ذلك به لانه

صاحب اصل واذا لم تستضر به لايجوز الترك الا باتفاقهما ولا يشترط الانفاق فى القلع بل ايهما طلبه اجيب (وضمن رب الارض مانقص) البناء والغرس بالقلع ان وقت) العارية لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه (وكره) اى الرجوع (قبله) اى قبل وقت عين لان فيه خلف الوعد (ولو اعار) اى ارضه (للزرع لاتؤخذ اى الارض (حتى يحصد) اى الزرع اى حان له ان يحصد (مطلقا) اى سواء وقت اولا لان له نهاية معلومة وفى الترك مراعات الحقين بخلاف الغرس اذ ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك (واذا كتب يكتب قد اطعمتنى ارضك لا اعرتنى) يعنى اذا اعار ارضا بيضاء ليزرعها يكتب المستعير انك اطعمتنى ارضا كذا لازرعها عند ابى حنيفة وقالا يكتب انك اعرتنى لان الاعارة هى الموضوعة لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى وله ان لفظ الاطعام ادل على المراد من الاعارة لانه يختص بالزراعة واعارة الارض تارة تكون للزراعة وتارة للبناء ونصب الفسطاط فكانت الكتابة بلفظ الاطعام اولى ليعلم ان غرضه الزراعة (صح التوكيل برد العارية والمغصوب) لانه التزم فعلا واجبا (ولو توكل به) اى بالرد (لايجبر) الوكيل على النقل الى منزله بل يدفعه اليه حيث يجده لان الوكيل لم يضمن شيئا بل وعد ان يتبرع على الآمر بخلاف الكفيل لانه ضمين (كالوكيل بقضاء الدين) فانه اذا امتنع عنه لايجبر عليه (رد المستعير الدابة) مبتدأ خبره قوله الآتى تسليم (ولو) وصلية (مع عبده) اى عبد المستعير (او اجيره مسانهة او مشاهرة) لامياومة (الى) متعلق بالرد (اصطبل مالكها) لانفس مالكها (او العبد) عطف على الدابة (الى دار مالكه) لانفسه (تسليم) حتى اذا هلكا لم يضمن استحسانا والقياس ان يضمن لانه لم يرد العارية على مالكها ولا على وكيل مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لانه رد العارية الى المربط او الى دار المالك وهما فى يد المالك حكما فكانه ردهما الى يد المالك (كردها مع عبد المعير مطلقا) اى سواء كان يقوم على دابته اولا هو الصحيح (او اجيره كامر) اى مشاهرة او مسانهة لان المالك راض به عادة (لو كان) المستعار (غير نفيس) يعنى ان جواز رد المستعار الى يد غلام صاحبه او وضعه فى داره او اصطبله انما يكون فى الاشياء التى تكون فى يد الغلام عادة وكذا غيره واما اذا لم يكن كذلك كعقد لؤلؤ ونحوه فاذا رده المستعير الى غلام صاحبه

او وضعه فى داره او اصطبله يضمن لان العادة لم تجر به ولهذا لو دفعه المودع الى غلامه يضمن (بخلاف الاجنبى) اى بخلاف ما اذا ردها مع الاجنبى فانه يضمن (و) بخلاف (رد الوديعة والمغصوب الى دار المالك) فانه اذا ردهما اليها ولم يسلمهما اليه ضمن اما الوديعة فلانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره والا لما اودعها عنده واما الغصب فلان الواجب عليه ابطال فعله وذلك بالرد الى المالك (العبد المأذون يملك الاعارة) كذا فى الخلاصة (والمحجور اذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق) لان المعير سلطه على اتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط فى حق المولى (ولو اعار هذا المحجور مثله فاستهلكه ضمن الثانى للحال) لان المحجور يضمن باتلافه مالا (استعار ذهبا فقلد صبيا فسرق) اى الذهب منه (فان كان الصبى يضبط ماعليه لم يضمن) اى المستعير لانه لم يضيع اذ للمستعير ان يعير (والا يضمن) فانه ضيعه حيث وضعه عند من لايعقل حفظه كذا فى المحيط (وضعها) اى وضع المستعير العارية (بين يديه فنام فضاعت لم يضمن لو كان نومه (جالسا) فان هذا حفظ عادة (وضمن لو مضطجعا) لتركه الحفظ (للاب اعارة مال طفله) كذا فى الخلاصة (واجرة الرد) اى رد العارية والوديعة والعين المستأجرة والمغصوب والرهن (على المستعير والمودع والموجر والغاصب والمرتهن) لان المنفعة حصلت لهم

(* كتاب الوديعة *)

لايخفى وجه المناسبة لكتاب العارية (هى) لغة مطلق الترك وشرعا (امانة تركت للحفظ وركنها الايجاب) من المودع (كاودعتكه او ماينوب منابه قولا او فعلا) فان من وضع ثوبه بين يدى رجل سواء قال هذا وديعة عندك اوسكت وذهب صاحب الثوب ثم غاب الاخر وترك الثوب ثمه فضاع صار ضامنا لان هذا ايداع عرفا صرح به قاضيخان (والقبول) عطف على الايجاب (حقيقة) بان يقول قبلت او اخذت او نحو ذلك (او عرفا) بان يسكت حين يضع الثوب ولو قال لا اقبل الوديعة فوضع بين يديه وذهب فضاع الثوب لايضمن لانه صرح بالرد فلا يصير مودعا بلا قبول ذكره قاضيخان (وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه) لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشئ بدون اثبات اليد عليه محال فايداع الطير فى الهواء والعبد الآبق والمال الساقط فى البحر غير صحيح (وحكمها وجوب الحفظ على)

المودع وصيرورة المال امانة عنده) وفرع عليه بقوله (فلا يضمن) اى المودع (ان هلكت اوسرقت عنده) لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * ليس على المستودع غير المغل ضمان * والمغل الخائن والاغلال الخيانة (واو) وصلية (وحدها) اى لم يسرق معها مال للمودع وقال مالك يضمن للتهمة والحجة عليه ما نقلنا (الا ان يموت) اى المودع (مجهلا) اى لم يبين حال الوديعة فانه حينئذ يكون متعديا فيضمن (كذا الامناء) اى كل امين مات مجهلا لحال الامانة يضمن (الا متوليا اخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين بعض الغنيمة ومات مجهلا) اى بلا بيان المودع (وقاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا) اى بلا بيان المودع كذا فى الخانية (ويحفظها بنفسه وعياله) اى زوجته وولده ووالديه واجيره (ويضمن) ان حفظ (بغيرهم) او اودعها غيرهم لان المالك رضى بحفظه ويده دون غيره فيضمن بالتسليم اليه (الا اذا خاف حرقا او غرقا فسلم الى جاره او فلك آخر) اذ لا يمكنه ان يحفظها فى هذه الحالة الا بهذا الطريق فصار مأذونا فيه ولا يصدق عليه الا ببينة لانه يدعى ضرورة تسقط الضمان بعد تحقق سببه فصار كما اذا ادعى الاذن فى الايداع (كذا) اى يضمن ايضا المودع (اذا طلب ربها) اى رب الوديعة (فمنع) اى المودع (قادرا على تسليمها) فانه اذا طالبه بالرد لم يكن راضيا بامساكه بعده فيكون متعديا بالمنع فيضمن (او تعدى) اى المودع وفسر التعدى بقوله (فلبس ثوبها او ركب دابتها او انفق بعضها) فان المودع اذا انفق بعضها ضمن ما انفق منها ولم يضمن كلها (او خلط مثله بما بقى) فانه اذا جاء بمثل ما انفق فخلطه بالباقى صار ضامنا بجميعها لانه صار مستهلكا للكل بالخلط كذا فى الكافى (او جحدها عنده) يعنى اذا طلبها صاحبها فجحدها عنده (ثم اقر او لا) ضمن لان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالامساك بعده غاصب فيضمن فان عاد الى الاقرار لم يبرأ عن الضمان لان العقد ارتفع فلا يعود الا بالتجديد ولم يجدد وانما قال عنده لانه لو انكر عند غيره بان قال اجنبى اعندك وديعة لفلان فقال لا لا يضمن لان الجحود عند غيبة المالك من الحفظ لانه يقطع به طمع الطامعين عنها فلا يضمن به (لو حفظ) اى الوديعة (فى دار امر به) اى بحفظها (فى غيرها) اى غير تلك الدار فيضمن لمخالفته امره (او خلط بماله حتى لم يتميز) سواء خلطها بجنسه او خلاف جنسه فان الخلط استهلاك عند ابى حنيفة مطلقا (وان اختلطت) اى الوديعة (به)

اى بمال المودع بلا صنع منه كما اذا انشق الكيسان فاختلطا (اشتركا) ولا ضمان اذ لا تعدى منه وهذا اتفاقى (وان ازال التعدى) يعنى اذا تعدى المودع فى الوديعة بان اودعها عند غيره ثم ازال التعدى فردها الى يده (زال الضمان) يعنى ان الوديعة اذا ضاعت بعد العود الى يده لم يضمن خلافا للشافعى هذا الذى ذكر حكم الوديعة (واختلف فى سائر الامانات) قال فى العمادية لو استعار دابة الى مكان مسمى فجاوز بها المستعير المكان المسمى ثم عاد اليه فهو ضامن الى ان يردها على المالك قيل هذا اذا استعارها ذاهبا لا جائيا اما اذا استعارها ذاهبا وجائيا يبرأ وهذا القائل يسوى بين المودع والمستعير والمستأجر اذا خالفوا ثم عادوا الى الوفاق برئوا عن الضمان اذا كانت مدة الايداع والاعارة باقية ومن المشايخ من قال فى العارية لا يبرأ عن الضمان ما لم يردها على المالك سواء استعارها ذاهبا او ذاهبا وجائيا وهذا القائل يقول ان المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عاد الى الوفاق لا يبرأن عن الضمان بخلاف المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق حيث يبرأ والقول الاول اشبه واليه مال شيخ الاسلام خواهر زاده (وله) اى للمودع (السفر بها) اى بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة (ان امن) اى الطريق بان لا يقصده احد غالبا وان قصده امكنه دفعه بنفسه وبرفقائه (ولم ينه) اى المودع عن السفر فان لم يأمن او نهاه فضاعت ضمن (اودعاه) اى اودع رجلان رجلا (مثليا) يعنى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة (لم يدفع) اى المودع (الى احدهما حصته بغيبة الاخر) ولو دفع ضمن وقالا يدفع ولا يضمن قيل الخلاف فى المثليات والقيميات معا والصحيح انه فى المثليات فقط ولذا قال (كما فى القيمى اودعهما ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه) وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما باذن الاخر وذلك لانه رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله فان الفعل كالحفظ متى اضيف الى الاثنين فيما يقبل التجزى يتناول البعض دون الكل فيقع التسليم الى الآخر بلا رضاء المالك (وضمن دافع كله لا قابضه لان مودع المودع لا يضمن عنده (بخلاف ما لا يقسم) فان دافع كله لا يضمن لانه لما اودعهما مع علمه بامتناع اجتماعهما عليه ليلا ونهارا وامكنهما المهايات كان راضيا بدفع الكل الى احدهما فى بعض الاحوال (كذا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر ما يقسم) حيث يضمن بخلاف ما لا يقسم (نهى عن الدفع الى عياله فدفع الى من له بد) اى انفكاك (منه)

مع انه من عياله (ضمن و) دفع (الى من لابد له منه كدفع الدابة الى عبده وما يحفظه النساء الى عرسه لا) اى لايضمن يعنى اودع رجلا وديعة وقال لاتدفعها الى امرأتك وعبدك وامتك وولدك واجيرك وهم فى عياله فان دفعها الى واحد منهم فهلكت فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له سواه اهل وخدم فهو ضامن والا لم يضمن لان هذا الشرط مفيد فقد يأمن الانسان الرجل على المال ولا يأتمن عياله لكن انما يلزمه مراعاة شرطه بقدر الامكان فان كان يجد بدا من الدفع الى من نهى عنه وهو متمكن من حفظها على الوجه المأمور به فيضمن بحفظها على الوجه المنهى عنه وان كان لايجد بدا منه لم يضمن اذ لايمكنه الحفظ الا به فلم يمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فلم يعتبر التقييد فبطل فصار كانه قال لاتحفظ فصار مناقضا لاصله وهذا كما اودع دابة وقال لاتدفعها الى غلامك اونهاه عن الدفع الى امرأته والوديعة شئ يحفظ على يد النساء والرجل ممن لايجد بدا منها فهذا الشرط يناقض اصله فصار باطلا (كما لو امر بحفظها فى بيت معين من دار وصندوق معين فيه) اى فى البيت (فحفظ فى) بيت (آخر منها) اى من تلك الدار (او) صندوق (آخر منه) اى من ذلك البيت فانه حينئذ لم يضمن (بخلاف الدارين) الاصل ان الشرط انما يصح اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا والنهى عن الوضع فى دار اخرى مفيد لان الدارين يختلفان فى الامن والحفظ فصح الشرط وامكن العمل به واما البيتان فى دار واحدة فقل ما يختلفان فى الحرز فالتمكن من الاخذ من احدهما يتمكن من الاخذ من الآخر فصار الشرط غير مفيد وتعذر العمل به ايضا فلا يعتبر وكذا الصندوقان فان تعيين الصندوق فى هذه الصورة لايفيد فان الصندوقين فى بيت واحد لايتفاوتان ظاهرا (الا ان يكون لهما) اى للبيت والصندوق (خلل ظاهر) فحينئذ يفيد الشرط ويضمن بالخلاف (اودع المودع فهلكت ضمن) المودع المودع (الاول فقط) وقالا يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول (ولو اودع الغاصب ضمن المالك (اياشاء) من الغاصب والمودع اما الغاصب فظاهر واما مودعه فلقبضه منه بلا رضاء مالكه ثم انه ان لم يعلم انه غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك فى الظاهر وحكى ابو يسر انه لايرجع واليه اشار شمس الائمة كذا فى النهاية (كما فى الغاصب وغاصبه والغاصب والمشترى منه) فان غاصبه والمشترى منه صار امثاله بالتلقى منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء (معه الف

ادعى رجلان كل منهما انه له اودعه اياه فنكل لهما فهو) اى الالف (لهما وعليه الف آخر بينهما) لان دعوى كل منهما صحت فتوجهت اليمين لهما وانما يحلف لكل منهما بانفراده لان كلا منهما ادعاه بانفراده والمسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان يحلف لهما او يحلف للاول وينكل الثانى او بالعكس او ينكل لهما فان حلف لكل منهما فلاشئ لهما وان حلف للاول ونكل للثانى فالالف له ببذله او باقراره وان عكس فالالف للاول ولاشئ للثانى وان نكل للثانى ايضا فالالف بينهما لانه اوجب الحق لكل منهما عليه ببذله او اقراره وعليه الف آخر بينهما لان نكوله اوجب لكل منهما كل الالف كان لبس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب هذا الى ذاك ونصف نصيب ذاك الى هذا فيغرم ذلك (اودع حر عبدا محجورا فاودع) المحجور محجورا (مثله وضاع) المودع (ضمن الاول) لانه سلطه على اتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل الشرط فى حق المولى (فقط) اى لايضمن الثانى لان مودع المودع لايضمن عند ابى حنيفة اذا لم يجن (بعد العتق) رعاية لحق المولى (ولو ضاع المودع (عند ثالث) يعنى اذا اودع المحجور الثانى عند المحجور الثالث فهلك عند الثالث (فلا ضمان عليه) وان عتق لانه مودع المودع وهو غير ضامن عند ابى ح (وغرم الاول بعد عتقه) لما مر من قوله لانه سلطه الخ (وغرم الثانى فى الحال) لانه استهلكه بدفعه الى الثالث ومودع المودع يضمن عنده اذا جنى

*) كتاب الرهن (*

مناسبته لكتاب الوديعة ان عين الرهن امانة فى يد المرتهن كما سيأتى فيكون كالوديعة (هو) لغة الحبس مطلقا وشرعا (حبس المال) احتراز عن رهن الخنزير والخمر ونحوهما (بحق يمكن اخذه) اى الحق (منه) اى من المال (وهو) اى ذلك الحق (الدين حقيقة) وهو دين واجب ظاهرا وباطنا او ظاهرا فقط فانه يصح بثمن عبد وثمن خل وذبيحة وبدل صلح عن انكار وان استحق او وجد حرا وخمرا او ميتة او تصادقا ان لادين لان الدين وجب ظاهرا وهو كاف لانه آكد من دين موعود كما سيأتى (او حكما) كالاعيان المضمونة بالمثل او القيمة والقوم يسمونها الاعيان المضمونة بنفسها وسيأتى تحقيق وجه التسمية ان شاء الله تعالى (ينعقد) حال كونه (غير لازم) لانه تبرع كالهبة والصدقة (بايجاب وقبول) كما فى الهبة (فللراهن تسليمه

والرجوع عنه) تفريع على قوله غير لازم (فاذا سلم) اى الراهن الرهن
(وقبض) من قبل المرتهن (محوزا) اى مجموعا احترازعن رهن الثمر على
الشجر ورهن الزرع فى الارض لان المرتهن لم يحزه (مفرغا) اى عن ملك
الراهن وهواحترازعن عكسه وهورهن الشجر دون الثمر ورهن الارض دون
الزرع ورهن دار فيها متاع الراهن (مميزا) احتراز عن رهن المشاع
كرهن نصف العبد اوالدار كذا فى غاية البيان وهذه المعانى هى المناسبة
لهذه الالفاظ لاماقيل ان الاول احترازعن رهن المشاع والثالث عن رهن
ثمر على شجر دون الشجر كما لايخفى على اهل النظر (لزم) اى الرهن
هو جزاء لقوله فاذا سلم (والتخلية فيه) اى رفع المانع من القبض فى زمان يمكن
فيه (قبض) اى فى حكم قبض المرتهن حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة
المرتهن ولم يأخذ فضاع ضمن المرتهن فلا وجه لماقال الزيلعى بناء على
ظاهر المعنى اللغوى ان الصواب ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع المانع من
القبض وهوفعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم (كالبيع) اى كما
ان التخلية فيه ايضا قبض اعترض على القوم بان التخلية ينبغى ان لاتكفى
فى قبض الرهن اذ القبض منصوص فى الرهن بخلاف البيع حتى استدلوا على
شرطية القبض فى الرهن بقوله تعالى ۞ فرهان مقبوضة ۞ والاصل
ان المنصوص يراعى وجوده على اكمل الجهات اقول المنصوص انما يراعى
وجوده على اكمل الجهات اذا نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص
فلا يجب ان يراعى وجوده كما ذكر فان التراضى فى البيع منصوص عليه بقوله
تعالى ۞ الا ان تكون تجارة عن تراض ۞ فلو صح ماقال المعترض لبطل
بيع المكره ولم يفسد وليس كذلك كما سيأتى (ولو هلك) اى الرهن اعلم ان
الرهن امانة محضة عند الشافعى حتى لم يجعله مضمونا وعندنا امانة لكن يد
المرتهن يد استيفاء ويتقرر بالهلاك لان الاستيفاء يحصل من المالية دون العين
فالاستيفاء بالعين كما ذهب اليه يكون استبدالا والمرتهن مستوف لامستبدل وانما
يحصل الاستيفاء بجنس الحق والمجانسة بين الاموال باعتبار صفة المالية دون
العين فكان هوامينا فى العين كالكيس فى حقيقة الاستيفاء ولهذا كان نفقة
الرهن على الراهن فى حياته وكفنه بعد مماته وهذا معنى قوله صلى الله
تعالى عليه وسلم غرمه فاذا هلك الرهن (ضمن) اى المرتهن (بالاقل)
يجب تعريفه باللام لئلا يتوهم كون من فى قوله (من قيمته ومن الدين) تفضيلية

وليس

وليس كذلك بل بيانية والمعنى بالاقل الذى هو من هذين المذكورين ايهما
كان وقد وقع فى نسخ الوقاية منكرا (ولو استويا) اى الدين وقيمة الرهن
(سقط دينه) اى صار المرتهن مستوفيا لدينه (ولو) كانت (قيمته) اى
الرهن (اكثر) من الدين (فالفضل امانة) لان المضمون بقدر ما يقع به
الاستيفاء وهو بقدر الدين (ولو) كانت (اقل) منه (سقط) من الدين
قدره ورجع المرتهن بالفضل) مثلا اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك
عند المرتهن سقط دينه فان كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على
الراهن بخمسة اخرى وان كانت خمسة عشر فالفضل امانة (وضمن) اى
المرتهن (بدعوى الهلاك بلا بينة) يعنى اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ضمن
ان لم يقم البينة عليه (مطلقا) اى سواء كان من الاموال الظاهرة كالحيوان
والعبيد والعقار او من الاموال الباطنة كالنقدين والحلى والعروض وقال مالك
يضمن فى الاموال الباطنة فقط (له) اى للمرتهن (طلب دينه من راهنه) لان الرهن
لايسقط طلب الدين (و) له (حبسه به) اى الراهن بالدين وان كان الرهن
فى يده لان حقه باق بعد الرهن والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضى
يحبسه دفعا للظلم (و) له ايضا حبس (رهنه بعد الفسخ حتى يقبض دينه او يبرأه
لان الرهن لايبطل بمجرد الفسخ بل برده على الراهن بطريق الفسخ فانه يبقى
مضمونا مابقى القبض والدين (لا الانتفاع به) اى بالرهن عطف على قوله
طلب دينه (مطلقا) اى لا بالاستخدام ولا سكنى ولا لبس ولا اجارة ولا اعارة سواء
كان من المرتهن او الراهن (الا بالاذن) اى اذن الراهن ان كان المنتفع المرتهن
او اذن المرتهن ان كان المنتفع الراهن (فلو فعل) اى انتفع بالرهن قبل
الاذن (تعدى ولم يبطل) اى الرهن (به) اى بالتعدى (واذا طلب) اى المرتهن
(دينه ولو فى غير بلد العقد امر باحضار الرهن) لان قبضه قبض استيفاء
فلا وجه لقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لان هلاكه محتمل فاذا هلك فى يد
المرتهن تكرر الاستيفاء (ان لم يكن لحمله مؤنة) متعلق بقوله ولو فى غير بلد
العقد فان الاماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس لحمله مؤنة
(فان احضره) اى المرتهن الرهن (سلم الراهن الدين ثم المرتهن الرهن) ليتعين
حق المرتهن كما تعين حق الراهن بحضور الرهن تحقيقا للتسوية كما فى المبيع
والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن (وان كانت) اى لحمله مؤنة (سلم) اى الراهن
(الدين بلا احضار الرهن) اى لايكلف المرتهن احضار الرهن لان الواجب

عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان ولكن للراهن ان يحلفه بالله ما هلك كذا فى الكافى (مرتهن طلب دينه لا يكلف) اى المرتهن (احضار رهن وضع عند عدل بامر الراهن) لكونه فى يد الغير بامر الراهن (ولا) يكلف ايضا المرتهن احضار (ثمن رهن باعه المرتهن بامره) اى بامر الراهن (حتى يقبضه) لانه صار دينا بالامر ببيع الرهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين واذا قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل (ولا) يكلف ايضا (مرتهن معه رهنه تمكينه) اى تمكين الراهن (من بيعه) اى الرهن (ليقضى دينه) يعنى لو اراد الراهن ان يبيع الرهن ليقضى الدين بثمنه لا يجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضى الدين فكيف يصح القضاء من ثمنه (ولا) يكلف ايضا (من قضى بعض دينه تسليم بعض رهنه حتى يقبض البقية) من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع (ويحفظه بنفسه وعياله) كزوجته وولده وخادمه واجيره مشاهرة او مسانهة يسكنون معه فان العبرة بالمساكنة لا النفقة حتى ان المرأة لو دفعته الى زوجها لا تضمن ذكره الزيلعى (وضمن بحفظه بغيرهم) لانه ترك الحفظ الواجب (وتعديه) اى صريحا (وايداعه) لما تقرر ان عينه امانة (وجعل خاتم الرهن فى خنصره اليمنى او اليسرى) لانه استعمال وجعله فى اصبع آخر حفظ (وتقلد سيفى الرهن) لانه ايضا استعمال (لا الثلثة) فانه حفظ فان الشجعان يتقلدون فى العادة بسيفين لا الثلثة والضمان فى هذه الصور ضمان الغصب بجميع القيمة لان الزيادة على مقدار الدين امانة ايضا والامانات تضمن بالاتلاف (وفى لبس خاتمه) اى خاتم الرهن (فوق الآخر يرجع الى العادة) فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا يضمن (وعليه) اى على المرتهن (مؤن حفظه) كاجر بيت الحفظ واجر الحافظ فان تمامه على المرتهن وان كان قيمة الرهن اكثر من الدين لان وجوبه بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له (واما مؤن رده او رد جزء منه الى يده فتنقسم الى المضمون والامانة) يعنى ان مونة رده الى المرتهن ان كان خرج من يده كجعل الآبق على المرتهن ان كان قيمة الرهن مثل الدين وكذا مونة رد جزء منه الى يد المرتهن كمداوات الجروح ان كان قيمته مثل الدين اما اذا كانت اكثر منه فتنقسم على المضمون والامانة فالمضمون على المرتهن والامانة على الراهن وكذا مداوات القروح ومعالجة

الامراض والفداء من الجناية (وعلى الراهن خراج الرهن ومؤنة تبقيته واصلاح منافعه) كنفقة الرهن وكسوته واجر راعيه وظئر ولد الرهن وسقى البستان والقيام باموره فالحاصل ان ما يرجع الى بقائه فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل اولا لان العين بقيت على ملكه وكذا منافعه مملوكة له وما يرجع الى حفظه فهو على المرتهن اما خاصة او بالتقسيم كما مر (وكل ما وجب على احدهما) من الراهن والمرتهن (فاداه الاخر كان متبرعا) لانه قضى دين غيره بغير امره (الا ان يأمر به القاضى) لان له ولاية عامة فكان صاحبه امره به

*) باب ما يصح رهنه والرهن به اولا

صح رهن الحجرين) يعنى الذهب والفضة (والمكيل والموزون) لكونها محل الاستيفاء (فلو رهنت) المذكورات (بخلاف جنسها) فهلكت (هلكت بقيمتها كسائر الاموال وهو ظاهر (ولو) رهنت (بجنسها) فهلكت (هلكت بمثلها من الدين) وتعتبر المماثلة فى القدر وهو الوزن او الكيل (بلا عبرة للجودة و) لا (للقيمة) فان الدين اذا كان وزنيا والرهن ايضا كذلك فهلك فان تساويا سقط الدين وان كان الدين زائدا سقط قدر الرهن منه وبقى الزائد فى ذمة الراهن وان عكس سقط قدر الدين منه والفضل للراهن (لا) اى لا يصح (رهن مشاع) لان حكم الرهن كما عرفت ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يتصور فى المشاع من حيث انه مشاع (مطلقا) اى سواء كان مما يحتمل القسمة اولا وسواء رهن من شريكه او من اجنبى والطارى كالمقارن هو الصحيح كذا فى الخلاصة (وثمر على شجر دونه) اى دون الشجر (وزرع ارض او نخلها دونها) اى دون الارض لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان فى معنى المشاع (كذا العكس) وهو رهن الشجر لا الثمر ورهن الارض لا النخل او الزرع لان الاتصال يقوم بالطرفين فالاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لا يجوز لامتناع قبض المرهون وحده (ولا) يصح ايضا (رهن حر ومدبر ومكاتب وام ولد ووقف وخمر) لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يثبت الاستيفاء منها لعدم المالية فى الحر وعدم جواز بيع ما سواه (ولا يصح ارتهانها من مسلم اوذمى) واللام فى (للمسلم) متعلق بقوله رهن خمر او ارتهانها اى لا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا وامثاله او يرتهنها من مسلم او ذمى لتعذر الايفاء والاستيفاء فى حق المسلم (ولا يضمن له) اى للمسلم (مرتهنها الذمى) يعنى ان كان

المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لم يضمنها بالغصب منه لانها ليست بمال فى حق المسلم (وفى عكسه الضمان) يعنى اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلم فيضمن الخمر للذمى كما اذا غصب لانها مال للذمى (ولا) يصح ايضا (بامانات كالوديعة والعارية ومال المضاربة والشركة لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن فكان قبض الرهن مضمونا فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويثبت استيفاء الدين منه وقبض الامانات ليس بمضمون ليصح الرهن بها (ومبيع فى يد البايع) لما عرفت ان الرهن يجب ان يكون فى مقابلة الدين حقيقة او حكما والمبيع فى يد البايع ليس بدين حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه يجب ان يكون مضمونا بالمثل او القيمة والمبيع فى يده ليس كذلك بل اذا هلك سقط الثمن وهو حق البايع وليس فيه ضمان والقوم يسمونه بالعين المضمونة بغيرها وسيأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى (ودرك) تفسير الرهن بالدرك ان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشترى الاستحقاق واخذ بالثمن من البايع رهنا قبل الدرك فانه باطل حتى لا يملك حبس الرهن حل الدرك اولم يحل فاذا هلك الرهن كان امانة عنده حل الدرك اولا اذ لا عقد حيث وقع باطلا كذا فى الكافى (واجرة نايحة ومغنية وثمن حر) حتى لو هلك الرهن لم يكن مضمونا اذ لا يقابله شئ مضمون (وكفالة بالنفس) لتعذر الاستيفاء (وشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشترى (وعبد جان او مديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شئ (وقصاص مطلقا) اى فى النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء (بخلاف الجناية خطأ) لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ويصح بعين مضمونة بالمثل او القيمة) كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم عمد واعلم ان الاعيان ثلثة اقسام احدها عين غير مضمونة اصلا كالامانات فان الضمان عبارة عن رد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا فالامانة ان هلكت بلا تعد فلا شئ فى مقابلتها او بتعد فلا تبقى امانة بل تكون غصبا وثانيهما عين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه والقوم يسمونها الاعيان المضمونة بنفسها ويريدون الاعيان المضمونة فى حد ذاتها ووجهه ان الضمان كما عرفت عبارة عن رد مثل الهالك او قيمته فالشئ اذا كان مثليا او قيميا يكون بحيث لو هلك تعين المثل او القيمة فتكون مضمونة فى حد ذاتها مع قطع النظر عن العوارض وثالثها عين ليست بمضمونة ولكنها تشبه المضمونة كمبيع فى يد البايع فانه اذا هلك

لم يضمن

لم يضمن احد بمثله او قيمته لكن الثمن يسقط عن ذمة المشترى وهو غير المثل والقيمة فبمجرد هذا الاعتبار سموه بالعين المضمونة بغيرها فكانه من قبيل المشاكلة (و) يصح (بدين) كما هو الاصل وهو توطئة لقوله (ولو موعودا فهلكه فى يد المرتهن عليه) اى على المرتهن (بما وعد من الدين) يعنى ان رهن ليقرضه الف درهم وهلك الرهن فى يد المرتهن فهلكه على المرتهن بمقابلة الالف الموعود فيجب عليه تسليم الالف الى الراهن (اذا لم يكن الدين اكثر من قيمة الرهن) بل كان مساويا او اقل حتى اذا كان اكثر لم يكن مضمونا بالدين بل بالقيمة (و) يصح ايضا (برأس مال السلم وثمن الصرف) لان المقصود ضمان المال والمجانسة ثابتة فى المالية فيثبت الاستيفاء من حيث المال (فان هلك) اى الرهن برأس المال او ثمن الصرف (تم العقد) اى السلم والصرف (واخذ حقه) اى صار المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما (فان افترقا قبل نقد وهلاك بطل) اى عقد السلم والصرف لفوات القبض حقيقة وحكما ولما لم يتأت هذا التفصيل فى المسلم فيه افرده بالذكر فقال (وبالمسلم فيه فان هلك) اى الرهن (تم العقد وصار) اى الرهن (عوضا للمسلم فيه) فيصير كانه استوفاه (وان فسخ) اى عقد السلم (صار) اى الرهن (رهنا ببدله) وهو رأس المال فيحبسه فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (وهلك رهنه بعد الفسخ هلك به) اى بالمسلم فيه حتى يجب عليه رد مثل المسلم فيه لقبض رأس المال لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره وهو رأس المال (و) يصح ايضا (بدين عليه) اى الاب (عبد طفله) مفعول الرهن المقدر لانه يملك الايداع وهذا اولى منه فى حق الصبى لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خوفا من الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصى كالاب وعن ابى يوسف وزفر انه لا يجوز منهما (و) يصح ايضا (بثمن عبد او خل او ذكية ان ظهر العبد حرا او الخل خمرا والذكية ميتة وببدل صلح عن انكار ان اقر ان لا دين) صورته رجل صالح عن انكار ورهن ببدل الصلح شيئا ثم تصادقا على ان لا دين فالرهن مضمون والاصل فى هذه المسائل ما مر ان وجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة (شرى على ان يرهن شيئا او يعطى كفيلا) حال كون الرهن والكفيل (معينين لثمنه) متعلق بيعطى (وابى) اى المشترى ان يرهن ما سماه او يعطى كفيلا سماه (صح) اى الشراء (استحسانا

لاقياسا لانه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين ولانه صفقة فى صفقة وهو منهى عنه كما مر وجه الاستحسان انه شرط ملايم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وهو يلايم وجوب الثمن فاذا كان الكفيل حاضرا والرهن معينا اعتبر معنى الشرط وهو الاستيثاق فصح العقد والا اعتبر عين الشرط ففسد (ولا يجبر) اى المشترى (على الوفاء) لان عقد الرهن تبرع من جانب الراهن ولا جبر على التبرع وانما صار حقا من حقوقه اذا وجد ولم يوجد بعد والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزم ما لم يسلم فلان لا يصير لازما بالوعد اولى (فللبايع فسخه الا اذا سلم ثمنه حالا او قيمة الرهن رهنا) اى اذا ابى المشترى ولم يجبر على الوفاء جاز للبايع ان يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان لهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا واذا لم يتم رضاه كان له ان يفسخ او يرضى بترك الرهن الا اذا كان كما ذكر لحصول المقصود اذ يد الاستيفاء انما تثبت على المعنى وهو القيمة لان الصورة امانة (قال) اى المشترى (لبايعه) وقد اعطاه شيئا غير المبيع (امسك هذا حتى اعطي ثمنك كان رهنا) لانه ذكر ما يدل على الرهن لان العبرة للمعانى وفيه خلاف زفر (رهن عينا من رجلين بدين لكل منهما صح وكله رهن عند كل منهما) لا ان نصفه رهن لاحدهما ونصفه الآخر للآخر لان الرهن اضيف الى جميع العين بصفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه الحبس بالدين وهو لا يتجزى فصار محبوسا بكل منهما ولا تنافى فيه كما اذا قتل واحد جماعة فحضر احد اولياء المقتولين واستوفى يكون مستوفيا لنفسه وللباقين بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابى حنيفة لان المقصود منها ايجاب الملك والعين الواحدة لا يتصور كونها ملكا لكل منهما كملا فلا بد من الانقسام وهو ينافى المقصود (وفى نهايته هما كل فى نوبته كالعدل فى حق الآخر ولو هلك ضمن كل حصته) اى حصة دينه اذ عند الهلاك يصير كل منهما مستوفيا حصته لان الاستيفاء يتجزى (فان قضى دين احدهما فكله رهن للآخر) لان جميع العين رهن فى يد كل واحد منهما بلا تفرق (رهنا من رجل رهنا بدين عليهما صح الرهن بكله) اى كل الدين (يمسكه) اى المرتهن (الى قبض الكل) اى كل الدين لان قبض الرهن يحصل فى الكل بلا شيوع (بطل حجة كل من شخصين انه رهنه عبده وقبضه) هذه مسئلة مستقلة لا تعلق لها بما سبق يعنى اذا اقام كل واحد من رجلين على رجل انه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه

فهو

فهو باطل لان كلا منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه للقضاء لكل منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل كون كله رهنا بهذا وكله رهنا بذاك فى حالة واحدة ولا للقضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولية ولا للقضاء لكل منهما بالنصف للزوم الشيوع فتعين التهاتر (ولو مات راهنه والرهن معهما فبرهن كل كذلك) اى بانه رهنه عبده وقبضه (كان نصفه) اى نصف العبد (مع كل) منهما (رهنا بحقه) لان حكمه فى الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع فى الدين والشيوع لا يضره

) باب رهن يوضع عند عدل (

سمى به لعدالته فى زعم الراهن والمرتهن (وضعاه) اى وضع الراهن والمرتهن الرهن (عنده صح) خلافا لمالك (ولا يأخذه منه) اى الرهن من العدل احدهما لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده وامانته وحق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر (ويضمن) اى العدل (بدفعه اليه) اى دفع الرهن الى احدهما لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية واحدهما اجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى (ويهلك على المرتهن) اى ان هلك الرهن فى يد العدل هلك فى ضمان المرتهن لان يده يد المرتهن (وكله) اى الراهن المرتهن (او العدل او غيرهما ببيعه) اى بيع الرهن (عند حلول الاجل صح) لانه توكيل ببيع ماله (فان شرط) اى التوكيل (فى عقد الرهن لم ينعزل) بالعزل وبموت الراهن او المرتهن (الا بموت الوكيل) سواء كان الوكيل المرتهن او العدل او غيرهما واذا مات الوكيل لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا رأى غيره (وله) اى للوكيل (بيعه) اى الرهن (بغيبة ورثته) اى الراهن كما يبيعه حال حيوته بغيبته وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لانها لا تبطل بموتهما ولا بموت احدهما (ويجبر) اى الوكيل (عليه) اى البيع (ان حل الاجل والراهن غائب) لئلا يتضرر المرتهن وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضى اياما ليبيع فان لج بعده فالقاضى يبيعه عليه (كوكيل بالخصومة غاب موكله) حيث يجبر عليها لدفع الضرر (ولو وكل بالبيع مطلقا ثم نهاه عن النسيئة لم يفد) كذا فى الكافى (ولا يبيعه الراهن او المرتهن الا برضى الآخر) لان لكل منهما حقا فى الرهن للراهن حق الملك وللمرتهن حق الاستيفاء (باعه) اى الرهن (العدل) حتى خرج من الرهن

(فالثمن رهن مقامه وان لم يقبض) لقيامه مقام المقبوض (فهلكه) اى هلاك الثمن هلاك (على المرتهن) لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون (كذا قيمة عبد رهن قتل) اى اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته صارت رهنا بدل العبد (و) كذا (عبد قتله) اى العبد الرهن (فدفع به) فانه ايضا يكون رهنا بدل العبد المقتول (فان اوفى) اى باع العدل الرهن فاوفى (ثمنه) اى ثمن الرهن المرتهن (فاستحق) اى الرهن (ففى الهالك) اى اذا هلك الرهن فى يد المشترى قد وقع فيما رأيناه من نسخ صدر الشريعة بدل المشترى المرتهن وكانه سهو من الناسخ (ضمن المستحق الراهن) قيمة الرهن لانه غاصب فى حقه (وصح البيع والقبض) اى قبض الثمن لان الراهن ملكه باداء الضمان (او) ضمن المستحق (العدل) القيمة لانه متعد بالبيع والتسليم (فهو) اى فحينئذ يكون العدل مخيرا ان شاء (ضمن الراهن) قيمة الرهن لانه وكيله فيرجع عليه بما لحقه بالغرور من جهته (وصحا) اى البيع والقبض لانه ملكه بالضمان فتبين انه باع ملك نفسه فلا يرجع المرتهن على العدل بدينه (او) ضمن (المرتهن ثمنه) الذى اداه اليه اذ تبين بالاستحقاق انه اخذ الثمن بغير حق لان العدل ملك العبد بالضمان (فهو) اى ذلك الثمن (له) اى للعدل لانه بدل ملكه وانما اداه الى المرتهن على ظن ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه (ورجع المرتهن على راهنه بدينه) لان العدل اذا رجع بطل قبض المرتهن الثمن فيرجع المرتهن على راهنه بدينه ضرورة (وفى القائم) عطف على قوله ففى الهالك اى اذا كان الرهن قائما فى يد المشترى (اخذه) اى المستحق (من مشتريه) لانه وجد عين ماله (ورجع هذا) اى مشتريه (على العدل) بثمنه لانه العاقد وحقوق العقد تتعلق به (ثم يرجع (هذا) اى العدل (على الراهن به) اى بثمنه لانه الذى ادخله فى العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه (و) اذا رجع عليه (صح قبض المرتهن الثمن) وسلم المقبوض له (او) يرجع (العدل على المرتهن) بثمنه لان العقد لما انتقض بطل الثمن وقد قبضه المرتهن ثمنا فاذا بطل وجب نقض قبضه ضرورة (ثم) يرجع (هو) اى المرتهن (على الراهن بدينه) لانه اذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به عليه (فان لم يشترط) اى التوكيل فى عقد الرهن عطف على قوله فان شرط (بل وكله بعده) يعنى ان ما ذكر من التفصيل انما يأتى اذا شرط التوكيل فى عقد الرهن واما

اذا لم يشترط فيه بل وكل الراهن العدل بعد العقد فالحق العدل من العهدة (رجع به العدل على الراهن فقط) اى لا على المرتهن لان التوكيل اذا كان بعد العقد لم يتعلق به حق المرتهن فلا يرجع عليه كما فى الوكالة المجردة عن الرهن بان وكل انسانا بان يبيع شيئا ويقضى دينه من ثمنه ففعل ثم لحقه عهدة لم يرجع به على القابض بخلاف الوكالة المشترطة فى الرهن اذ تعلق بها حق المرتهن وكان البيع واقعا لحقه وقد سلم له ذلك فجاز ان يلزمه الضمان (قبض المرتهن ثمنه اولا) صورة عدم قبضه ان العدل باع الرهن بامر الراهن وضاع الثمن فى يد العدل بلا تعديه ثم استحق المرهون فالضمان الذى يلحق العدل يرجع به على الراهن (هلك الرهن مع المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته هلك بدينه) يعنى اذا استحق الرهن الهالك رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كلا منهما متعد فى حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد هلك بدينه لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بقيمته) التى ضمنها (وبدينه) اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن بالتسليم واما بالدين فلانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان

(* باب التصرف والجناية فى الرهن *)

(وقف بيع الراهن) اى اذا باع الراهن بلا اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على اجازته (ان اجاز المرتهن اوقضى) اى الراهن دينه (نفذ) اما الاول فلان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه واما الثانى فلان المانع من النفوذ قد زال والمقتضى وهو التصرف الصادر من الاهل فى المحل موجود (والثمن رهن) فان البيع اذا نفذ باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله (وان فسخ) اى المرتهن عقد الرهن (لم ينفسخ) فى الاصح لان التوقف مع المقتضى للنفاذ انما كان لصيانة حقه وحقه يصان بانعقاده موقوفا (و) اذا بقى موقوفا (صبر المشترى الى فكه او رفع الامر الى القاضى ليفسخ) اى القاضى العقد بحكم عجز الراهن عن التسليم (باع) اى الراهن الرهن (من رجل ثم) باع (من اخر قبل الاجازة) اى اجازة المرتهن (وقف) البيع (الثانى) على اجازته (ايضا) اى كما وقف الاول فان الاول موقوف والموقوف لا يمنع توقف الثانى (فلو اجازه) اى اجاز المرتهن البيع الثانى (جاز) الثانى لا الاول (ولو باع) الراهن الرهن (ثم اجره) اى الرهن (او رهن او وهب

من غيره) اى غير المشترى (فاجازها) اى هذه التصرفات من البيع وغيره المرتهن جاز الاول) وهو البيع (لا البواقى) والفرق بين المسئلتين حيث جاز البيع الثانى بالاجازة فى الاولى ولم يجز التصرفات المذكورة بعد البيع فى الثانية سوى البيع مع وجود الاجازة للكل ان للمرتهن فائدة فى البيع لتعلق حقه ببدله بخلاف العقود المذكورة اذ لا بدل له فى الرهن والهبة وما فى الاجارة بدل المنفعة لا العين وحقه فى مالية العين لا المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع (وصح اعتاقه) اى اعتاق الراهن الرهن (وتدبيره واستيلاده لانه تصرف صدر عن الاهل ووقع فى المحل فبطل الرهن لفوات محله (فلو كان) الراهن (موسرا طولب بدينه الحال) اذ لا معنى لالزامه قيمة الرهن مع حلول الدين (وفى المؤجل اخذ منه) اى الراهن (قيمته وجعلت رهنا بدله) حتى يحل الدين لتحقق سبب الضمان وفائدة فى التضمين وهى حصول الاستيثاق ويحبسها الى حلول الاجل فاذا حل استوفى حقه اذا كانت من جنسه لان الغريم له ان يستوفى حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه فان كان فيها فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كانت اقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقط (ولو كان) الراهن (معسرا فى العتق سعى) العبد للمرتهن (فى الاقل من قيمته ومن الدين) اى ان كانت القيمة اقل من الدين سعى فى القيمة وان كان الدين اقل منها سعى فى الدين (ورجع على سيده اذا صار غنيا) لانه قضى وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه (وفى اختيه) يعنى التدبير والاستيلاد (سعى) كل من المدبر والمستولدة للمرتهن (فى كل الدين بلا رجوع) على سيده لانهما ادياه من مال المولى لان كسبهما من ماله (واتلافه) اى اتلاف الراهن رهنه (كاعتاقه غنيا) اى ان كان الدين حالا اخذ منه الدين وان كان مؤجلا اخذ قيمته فتكون رهنا الى حلول الاجل (واجنبى اتلفه ضمنه المرتهن) فيأخذ مثله او قيمته (وكان) اى المأخوذ (رهنا بدله) كما مر (اعاره) اى الرهن (مرتهنه راهنه او اعاره (احدهما) من الراهن والمرتهن (باذن صاحبه اخر) فقبضه (سقط ضمانه) اى ضمان الرهن (حالا) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (وان) وصلية (بقى الرهن) ولهذا كان للمرتهن ان يسترده الى يده وفرع على قوله سقط ضمانه بقوله (فهلكه) اى الرهن (مع مستعيره) اى مع راهنه ان كان هو المستعير (او) مع اجنبى ان كان هو المستعير (هلك بلا شئ) لفوات القبض

المضمون (ولكل منهما) اى من الراهن والمرتهن (رده) اى رد الرهن المستعار (رهنا) كما كان لان لكل منهما حقا محترما فيه (فان مات الراهن قبله) اى قبل رده الى المرتهن فى صورة الاعارة (فالمرتهن احق به) اى بالرهن (من) سائر (الغرماء) لان العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن قطعا فان حكم الرهن ثابت فى ولد الرهن مع انه غير مضمون بالهلاك واذا بقى الرهن فاذا اخذ عاد الضمان لعود القبض فيعود بصفته (واذا اجر او وهب او باع احدهما باذن الآخر من اجنبى خرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن فالمرتهن اسوة للغرماء) اذ تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن بخلاف الاعارة حيث لم يتعلق بها حق لازم فافترقا (رهن عبدا غصبه ثم اشتراه من مالكه لا ينفذ) الرهن لانه توقف على اجازة المالك فلا ينفذ باجازة غيره ولا يسقط الدين بهلاكه لان ملك الراهن ثبت بعد عقد الرهن بخلاف ما اذا هلك فى يد المرتهن واختار المالك تضمين الراهن لانه ملكه بالضمان من وقت الغصب فكان ملك الراهن سابقا على الرهن كذا فى القاعدية (مرتهن اذن باستعماله) اى اذن له الراهن بلا طلب منه فيتغاير الاستعارة وان كان الرهن عارية (او استعاره) اى الرهن من راهنه لعمل ان هلك) اى الرهن (حال العمل) فى صورتى الاذن والاستعارة (لم يضمن) اى المرتهن لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وفى طرفيه) اى قبل العمل وبعد الفراغ منه (ضمن كالرهن) اى ضمن المرتهن ضمانا كضمان الرهن وهو معلوم (صح استعارة شئ ليرهن) لان المالك رضى بتعلق دين المستعير بماله وهو يملك ذلك كما يملك ان يتعلق بذمته بالكفالة واذا صح (فيرهن) المستعير (بما شاء) من قليل او كثير فان الاطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضى الى المنازعة (وان عين المعير تقيد بما عينه من قدر) فانه اذا عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه او اقل لان التقييد مفيد وهو ينفى الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفى النقصان ايضا لان غرض المعير ان يصير المرتهن مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه ولو رهن باقل منه هلك الباقى امانة فلا يرجع عليه (وجنس ومرتهن وبلد) فان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالنسبة الى البعض وتفاوت الاشخاص فى الامانة والحفظ (فان خالف)

اى بعد ما اعتبر التقييد فان خالف المستعير المعير (ضمنه) اى المستعير (المعير) لمخالفته (ويتم الرهن) لانه ملكه بالضمان فتبين انه رهن ملك نفسه (او ضمن المعير (المرتهن) لانه ايضا متعد فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب (ويرجع) اى المرتهن (بما ضمنه) من القيمة (وبدينه على الراهن) اما رجوعه بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما رجوعه بالدين فلان قبضه انتقض فعاد حقه كما كان (وان وافق) بان رهنه بمقدار ما امر به (وهلك) اى الرهن (عند المرتهن استوفى) اى المرتهن (كل دينه لو قيمته كالدين او اكثر) لتمام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله) اى مثل الدين (للمعير على المستعير) وهو الراهن لانه قضى بذلك القدر دينه ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقى امانة (لا القيمة) لانه قد وافق فلبس بمتعد (وبعض دينه) عطف على كل دينه اى استوفى المرتهن بعض دينه (لو قيمته اقل) من الدين (وباقيه) اى باقى دينه (على الراهن) للمرتهن اذ لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته (او افتكه المعير يعنى ان المعير اذا اراد ان يقضى دين المرتهن لفك ملكه عن الدين (لبس للمرتهن ان يمتنع عن تسليم الرهن) لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لما فيه من تخليص ملكه فصار اداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول (ويرجع على الراهن بما ادى ان ساوى الدين القيمة) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه فلا يوصف بكونه تبرعا وانما قال ان ساوى لانه ان كان اكثر من القيمة يكون فى الزيادة على القيمة متبرعا فلا يرجع بذلك القدر وان كان اقل من القيمة فلا يجبر المرتهن على تسليم الرهن ذكره تاج الشريعة (هلك) اى الرهن (عند الراهن قبل رهنه او بعد فكه لا يضمن وان) وصلية (تصرف فيه من قبل) بالاستخدام او الركوب او نحو ذلك لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعى (جناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبى فى حق الضمان (وجناية المرتهن عليه) اى على الرهن (تسقط من دينه) اى المرتهن (بقدرها) اى الجناية لانه اتلف ملك غيره فلزمه ضمانه واذا لزمه وكان الدين قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقى لان ما زاد على قدر الدين من القيمة كان امانة وانما ضمنه بالاتلاف لا بعقد الرهن فهو بمنزلة الوديعة اذا اتلفها المودع يلزمه الضمان كذا فى غاية البيان (و) جناية (الرهن عليهما وعلى مالهما هدر)

والمراد

والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال بان كانت الجناية خطأ فى النفس او فيما دونها واما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع كذا فى النهاية واما كون جنايته على الراهن هدرا فلانها جناية المملوك على مالكه وهى فيما يوجب المال هدر لانه المستحق ولا يثبت الاستحقاق له عليه واما كون جنايته على المرتهن هدر فلان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير منها لانها حصلت فى ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه (رهن عبدا يعدل الفا بالف مؤجل فصار قيمته مائة فقتله حر فغرم مائة وحل اجله اخذ مرتهنه المائة من حقه وسقط باقيه) وهو تسعمائة لان نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين لانه عبارة عن فتور رغبات الناس بخلاف نقصان العين فاذا كان باقيا ويد المرتهن يد استيفاء صار مستوفيا للكل من الابتداء (ولو باعه بامره بمائة) اى باع المرتهن العبد بامر الراهن بها (وقبضها رجع بما بقى) وهو تسعمائة درهم لان الراهن اذا باعه صار كانه استرده وباعه بنفسه فح يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى فكذا ههنا (قتله) اى عبدا (يعدل الفا عبد يعدل مائة فدفع به فكه) اى الرهن (بكل دينه) لان العبد الباقى قائم مقام الاول فصار كان الاول قائم وتراجع سعره (جنى) اى العبد المرهون يعنى رهن رجل رجلا عبدا قيمته الف درهم بالف درهم او اقل منه فقتل العبد قتيلا (خطأ فداه مرتهنه) لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله فى ضمانه ودينه مستغرق لرقبته فيقال للمرتهن افد العبد من الجناية فان فداه اصلح رهنه وكان دينه على الراهن بحاله والعبد رهن كما كان (ولم يرجع) اى على الراهن بشئ من الفداء لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية الضامن فلو رجع على الراهن رجع الراهن عليه فلا يفيد (ولا يدفعه) اى ليس للمرتهن ان يدفعه الى ولى الجناية لانه لا يملك التمليك (فان ابى) اى امتنع المرتهن من الفداء (دفعه الراهن او فداه فيسقط الدين) اى يقال للراهن ادفع العبد او افده بالدية فان دفع او فدى سقط دين المرتهن واخذ الراهن العبد وبطل الرهن (ان لم يكن) اى الدين (اكثر من قيمته) اى قيمة الرهن بل يكون مساويا او اقل منها واما اذا كان اكثر فيسقط من الدين مقدار قيمة العبد ولا يسقط الباقى (مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لانه قائم مقامه (فان لم يكن له وصى نصب) اى وصى (ليبيعه) اى نصبه القاضى (رهن الوصى بعض التركة لدين على الميت عند غريم من غرمائه يوقف على رضى الاخرين ولهم

رده) لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن حكما فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي (فان قضى دينهم) اى دين سائر الغرماء (قبل الرد) اى قبل ان يردوه (نفذ) لزوال المانع وهو حق بقية الغرماء (ولو انفرد الغريم) اى لم يكن للميت الاغريم واحد (جاز) هذا الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي (وبيع في دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن) اى الوصي (بدين للميت على آخر جاز) لانه استيفاء حكما وهو يملك ذلك وفي رهن الوصي تفصيلات تأتي في كتاب الوصايا

) فصل (

رهن عصيرا قيمته عشرة بها) اى بعشرة (فتخمر وتخلل وهو يساويها) اى العشرة (بقي رهنا بها) اى بالعشرة وكان ينبغي ان يبطل الرهن اذ بالتخمر خرج من كونه صالحا للايفاء اذ لم يبق مالا متقوما وانما لم يبطل لانه بصدد ان يعود بالتخلل ولهذا اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لا يبطل البيع لاحتمال صيرورته خلا فكذا هذا (ورهن شاة كذلك) اى قيمتها عشرة بعشرة (فماتت) بلا ذبح (فدبغ جلدها فساوى درهما فهو) اى الجلد (رهن به) اى بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا صلح بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود قيل ويعود البيع ايضا (نماء الرهن) كولده ولبنه وصوفه وثمره (للراهن) لتولده من ملكه (ورهن مع اصله) لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه (وهلك مجانا) اى ان هلك هلك بلا شئ لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لعدم دخولها تحت العقد مقصودا (وان بقي) اى النماء (وهلك الاصل فك بقسطه) اى افتكه الراهن بقسطه يقسم الدين على قيمته) اى قيمة النماء (يوم الفكاك) بالفتح والكسر (وقيمة الاصل) اى اصل الرهن (يوم القبض) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شئ اذا كان مقصودا كولد المبيع فانه قبل القبض لا حصة له من الثمن فاذا قبضه المشتري وصار مقصودا بالقبض صار له حصة من الثمن (ويسقط من الدين حصة الاصل) اى ما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا (ويفك النماء بحصته) اى ما اصاب النماء افتكه الراهن به (الزيادة تصح في الرهن) مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة

ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة (لا الدين) مثل ان يقول الراهن اقرضني خمسمائة اخرى على ان يكون العبد الذي عندك رهنا بالف فالفرق ان الاصل المقرر بينهم ان الالحاق باصل العقد انما يتصور اذا كان الزيادة في المعقود عليه او المعقود به فالزيادة بالدين ليست شيئا منهما اما كونها غير معقود عليه فظاهر وما كونها غير معقود به فلوجوده بسببه قبل الرهن (بخلاف) الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده (رهن عبدا يساوي الفا فدفع مثله) اى عبدا يساوي الفا (رهنا بدله فهو) اى الاول (رهن حتى يرد الى راهنه والمرتهن امين في الثاني حتى يجعله مكان الاول) لان الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عنه ما بقيا الا بنقض القبض فاذا كان الاول في ضمانه لا يدخل الثاني فيه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه فاذا زال الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض فيه لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه امانة كما عرفت وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة (ابرأ المرتهن الراهن عن دينه فقبله) اى قبل الراهن الابراء (او وهبه له فهلك الرهن في يد المرتهن بلا منع من صاحبه (هلك مجانا) استحسانا وقال زفر يضمن قيمته للراهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فبقي كذلك ما بقي القبض وجه الاستحسان ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء لم يبق احدهما وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا لو رده الرهن سقط الضمان لعدم القبض وان بقي الدين فكذا اذا ابرأ عن الدين سقط الضمان لعدم الدين وان بقي القبض (ولو استوفاه) اى المرتهن دينه (بالتمام او بعضه بايفاء الراهن او متطوع او شرائه عينا به) اى بالدين (او صلحه عنه) اى عن الدين (على عين او احالته مرتهنه بدينه على آخر فهلك في يده) اى المرتهن هلك بالدين لان نفس الدين لا يسقط بالاستيفاء ونحوه لما تقرر ان الديون تقضى بامثالها لا بانفسها لكن الاستيفاء يتعذر لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك الرهن تقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (ورد ما قبض الى من ادى) في صورة ايفاء الراهن او المتطوع او الشراء او الصلح (وبطلت الحوالة) وهلك الرهن بالدين اذ بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال

عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا (كذا) اى كما يهلك الرهن بالدين فى الصور المذكورة يهلك به ايضا (اذا هلك بعد تصادقهما على ان لا دين) لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم الدين بخلاف الابراء لانه سقط به

) كتاب الغصب (

اورده عقيب كتاب الرهن لان فى الاول حبسا شرعيا وفى الثانى حبسا غير شرعى (هو) لغة اخذ الشئ من الغير بالتغلب متقوما او لا يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وشرعا (اخذ مال) هو بمنزلة الجنس (متقوم) احتراز عن الخمر (محترم) احتراز عن مال الحربى فانه غير محترم (من يد مالكه بلا اذنه) احتراز عن اخذه من يد المالك باذنه واشارة الى ان ازالة يد المالك معتبرة فى الغصب عندنا وعند الشافعى هو اثبات يد العدوان عليه وثمرة الخلاف تظهر فى زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد فالحاصل ان المعتبر فى الغصب عندنا ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وعند الشافعى المعتبر هو الثانى فقط (لاخفية) احتراز عن السرقة (فاستخدام العبد وتحميل الدابة) اى وضع الحمل عليها (غصب) لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة فيهما (لاجلوسه على البساط) لعدم ازالة اليد بالاستيلاء اذ لم يوجد منه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقى اثر فعله فى الاستعمال فلم يكن آخذا عن يده (وحكمه الاثم لمن علم) انه مال الغير (ورد العين قائمة والغرم هالكة ولغيره) اى لغير من علم (الاخيران) لانه حق الغير فلا يتوقف على علمه ولا اثم لانه خطأ وهو مرفوع بالحديث (ويجب المثل فى المثلى) كالمكيل والموزون والعددى المتقارب لقوله تعالى * فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم * الاية المراد بالمثلى ما يوجد له مثل فى الاسواق بلا تفاوت بين اجزائه يعتد به وما لا يكون كذلك فهو قيمى ثم المثلى قد يكون مصنوعا بحيث يخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى اصله كالقمقمة والقدر والابريق فيكون قيميا وقد يكون مصنوعا بحيث لا يخرجه الصنعة عن المثلية لبقاء كثرته

وعدم تفاوته كالدراهم المضروبة والدنانير (فان انقطع) اى المثل (فقيمته يوم الخصومة) وعند ابى يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع لابى يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب لانه هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل فى الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابى حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد مثله فله ذلك وبقضاء القاضى ينتقل فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء (و) تجب (القيمة فى القيمى) كالعروض والحيوانات والعددى المتفاوت (يوم غصبه) لانه مطالب بالقيمة حين غصب فيعتبر قيمته عند ذلك (فان ادعى) اى الغاصب (الهلاك حبس حتى يعلم انه) اى المغصوب (لو بقى لظهر ثم قضى عليه بالبدل) لان حق المالك ثابت فى العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق كما اذا ادعى المديون الافلاس (برهن) اى المالك (انه مات عند غاصبه وقلب الغاصب) اى برهن انه مات عند مالكه (فبينته) اى الغاصب (اولى عند محمد) لان وجوب الضمان بالغصب ثابت ظاهرا واثبات الرد عارض والبينة لمن يدعى خلاف الظاهر (وبينة المالك اولى عند ابى يوسف) لان حاصل اختلافهما فى الضمان وفى بينته اثباته (وهو) اى الغصب انما يتحقق (فيما ينقل) ويحول لما عرفت انه ازالة مال عن يد مالكه باثبات اليد عليه ولا يمكن تحقيقه الا فى المنقول لا العقار الذى لا ينقل ولا يحول (فلو اخذ عقارا وهلك فى يده) بان غلب السيل على الارض فبقيت تحت الماء او غصب دارا فهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء (لم يضمن) لانتفاء شرطه وهو الغصب (قيل) قائله عماد الدين والاستروشنى فى فصوليهما (الاصح انه يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود فى الوديعة) يعنى اذا كان العقار وديعة عنده فجحد كان ضامنا بالاتفاق (وبالرجوع عن الشهادة) بان شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا (وضمن فيهما) اى فى العقار والمنقول (ما نقص) مفعول ضمن (بفعله) متعلق بقوله نقص (وسكناه هذا) بيان الضمان فى العقار العبارة الصادرة عن المشايخ ههنا ما ذكرنا وبين شراح الهداية وغيرهم الفعل بالهدم والسكنى بالسكنى المخصوصة وهى ان تكون مقارنة بعمل يفضى الى انهدام البناء كالحدادة والقصارة حتى قالوا فى شرح قول الهداية ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله

انما قيد بعمله لانه اذا انهدمت الدار بعد ماغصب وسكن فيها لا باسكناه
وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند ابى حنيفة وابى يوسف فظهر
ان مرادهم بيان سببى النقص الاول مايوجبه ابتداء وهو الهدم والثانى
مايفضى اليه بالآخرة وهو السكنى الخاصة وقد غير صاحب الوقاية هذه
العبارة فقال ومانقص بفعله كسكناه فلزم عليه ان السكنى ان قيدت بالعمل
الموهن لم يبق للسبب الاول اعنى الهدم تعرض والا لزم كون السكنى
المجردة عن العمل الموهن سببا للضمان وقد عرفت ان الدار مع السكنى اذا
انهدمت بآفة سماوية فيه لبس ضمان وعندى نسخة منقولة من خط
المصنف وكانت العبارة المكتوبة فيها اولا كما فى الهداية وغيرها ثم غيرها
وتبعه صدر الشريعة والصواب مايوافق الهداية (وزرعه) فان الارض
المغصوبة اذا انتقصت بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض (او باجارة
عبد غصبه) عطف على بفعله وبيان للضمان فى المنقول اى ضمن
ايضا ما نقص باجارة عبد غصبه فحصل له فى مدة الاجارة نقص بسبب
استغلاله (بخلاف المبيع) يعنى اذا انتقص شئ من قيمة المبيع فى يد البايع
بفوات وصف منه قبل ان يقبضه المشترى لايضمن البايع شيئا لنقصانه حتى
لايسقط شئ من الثمن وان فحش النقصان (وتراجع السعر اذا رد فى مكان
الغصب) يعنى اذا رد الغاصب المغصوب الى مالكه بعد نقصان السعر فان كان
الرد فى مكان الغصب فلا ضمان عليه لان تراجعه بفتور الرغبات لا بفوات
جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين اخذ القيمة و بين الانتظار الى الذهاب
الى ذلك المكان ليسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا
المكان فكان له ان يلزم الضرر و يطالبه بالقيمة وله ان ينتظر (وتصدق
باجره) عطف على ضمن اى اذا غصب عبدا مثلا وآجره واخذ اجرته
فنقصه بالاستعمال وضمن ما نقص تصدق باجر اخذه عند ابى حنيفة
ومحمد واصله ان الغلة للغاصب عندنا خلافا للشافعى لان المنافع لاتتقوم
الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذى جعل منافع العبد مالا بعقده فكان
هو اولى ببدلها ويؤمر ان يتصدق بها لاستفادها ببدل خبيث وهو
التصرف فى مال الغير (واجر مستعاره) اى اذا استعار شيئا وآجره واخذ
اجره ملكه ويجب عليه تصدقه لما ذكر (وربح) اى تصدق ايضا
بربح (حصل بالتصرف فى مودعه ومغصوبه متعينا بالاشارة او بالشراء بدرهم

الوديعة او الغصب ونقدها فان اشار اليها ونقد غيرها او الى غيرها او اطلق
ونقدها لا) يعنى ان المودع او الغاصب اذا تصرف فى الوديعة او المغصوب
وربح يتصدق به عند ابى حنيفة ومحمد وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه
كالعروض ونحوها لان العقد يتعلق به حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع
فيستفيد الرقبة واليد فى المبيع بملك خبيث فيتصدق به اما فيما لا يتعين كالدراهم
والدنانير فقد ذكر فى الجامع الصغير اذا اشترى بها فانه يتصدق بالربح فظاهر
هذه العبارة يدل على انه اراد به اذا اشار اليها ونقد منها واما اذا اشار اليها ونقد
من غيرها او اطلق ونقد منها او اشار الى غيرها ونقد منها ففى كل ذلك يطيب له
لان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها الا ان يتأكد
بالنقد منها وبه كان يفتى الامام ابو الليث وفى الكافى قال مشايخنا لا يطيب بكل
حال ان يتناول من المشترى قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل
حال وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة (آجره) اى
الغاصب (فاجاز مالكه فى المدة فعند ابى يوسف اجر ما مضى قبل الاجازة
وما بقى لمالكه) لان الغاصب فضولى فى حق مالكه (وعند محمد اجر ما مضى
لغاصبه) لانه العاقد (وما بقى لمالكه) لانه فضولى فى حق مالكه (كذا)
اى على هذا الخلاف (لو آجره فاستحق فى المدة واجاز المستحق) لانه
كالمالك (غصب) اى رجل (مالا وغيره) اى المغصوب (بفعله) احتراز
عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او الرطب تمرا فان المالك
فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه (فزال اسمه) ففات اعظم
منافعه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فان ملك مالكها لم يزل بالذبح المجرد
اذ لم يزل اسمها حيث يقال شاة مذبوحة ولم يقل واعظم منافعه لان من قاله
قصد تناوله الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة
كجعلها هريسة ونحوها تزول بالطحن ولا حاجة اليه لان قوله زال اسمه مغن
عنه لانه يلزمه (او اختلط) اى المغصوب (بملك الغاصب ولم يتميز اصلا)
كاختلاط بره ببره او شعيره بشعيره (او) لم يتميز (الا بحرج) كاختلاط بره
بشعيره او بالعكس (ضمنه) اى الغاصب المغصوب (وملكه) اما الضمان
فى صورة التغيير وزوال الاسم فلكونه متعديا واما الملك فلانه احدث صنعة
متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها او شيها وكذا قيمة الحنطة تزداد بجعلها
دقيقا واحداثها صير حق المالك هالكا من وجه حتى تبدل الاسم وفات اعظم

المنافع وحق الغاصب فى الصنعة قائم من كل وجه فيكون راجحا على
الهالك من وجه على ماتقرر فى الاصول ان ضربى الترجيح اذا تعارضا كان
الرجحان فى الذات احق منه فى الحال واما الضمان فى الاختلاط فلكونه متعديا
فيه ايضا واما الملك فلئلا يجتمع البدلان فى ملك المغصوب منه (بلاحل)
متعلق بملكه (قبل الرضاء) اى رضاء المالك اما باداء بدله او ابرائه او تضمين
القاضى وهذا استحسان والقياس الحل لان ملكه ثبت بكسبه والملك يجوز
للتصرف بلاتوقف على رضاء غيره ولهذا لو وهبه او باعه صح وجه الاستحسان
قوله صلى الله تعالى عليه وسلم * فى الشاة المذبوحة المصلية بلا رضاء صاحبها
اطعموها الاسراء فافاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع
للغاصب قبل الارضاء ولان فى اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل
الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما فى البيع
الفاسد (كذبح شاة وطبخها او شيها وطحن برا وزرعه وجعل حديد سيفا
والبناء على ساجة) وهى شجر عظيم جدا ولاينبت الابلاد الهند (وان
ضرب الحجرين درهما او دينارا او اناء فلمالكه بلاشئ) لان العين باق من كل وجه
ومعناه الاصلى الثمنية وكونه موزونا وهما باقيان حتى جرى فيه الربوا باعتبارهما
(ذبح شاة غيره طرحها) اى ذلك الغير شاته (عليه) اى الذابح (واخذ
قيمتها او اخذها) اى الشاة المذبوحة يعنى ان المالك مخير ان شاء ضمنه قيمتها
وسلم الشاة اليه وان شاء اخذها (وضمن نقصانها) لانه اتلاف من وجه لفوات
بعض المنافع كالحمل والدر والنسل و بقاء بعضها وهو اللحم وان كانت
الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها يضمنها المالك جميع قيمتها
لوجود الاستهلاك من كل وجه (كذا او خرق ثوبا وفوت بعضه و بعض
نفعه) يعنى ان المالك مخير فيه ايضا ان شاء ضمن الغاصب كل قيمة ثوبه وكان
الثوب للغاصب وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لما ذكر (ولو) فوت
(كله ضمن) اى الغاصب (كلها) اى كل القيمة (وفى) خرق (يسير
نقصه بلا تفويت شئ منه ضمن ما نقص) واخذ رب الثوب ثوبه لان العين قائم من
كل وجه (بنى فى ارض غيره او غرس قلعا) اى البناء والغرس (وردت)
لان الارض لاتغصب حقيقة فيبقى فيها حق المالك كما كان والغاصب
جعلها مشغولة به فيؤمر بتفريغها كما لو شغل ظرف غيره بطعامه
(و لمالكها) اى الارض (ان يضمن له) اى للبانى او الغارس (قيمتهما)

اى قيمة البناء والغرس (ان نقصت) اى الارض (به) اى بالبناء او الغرس و بين
طريق معرفة قيمتها بقوله (فتقوم) اى الارض (بدونهما) اى بدون البناء
والغرس (ومع احدهما) حال كونه (مستحق القلع فيضمن الفضل) فان قيمة
الشجر والبناء المستحق القلع اقل من قيمته مقلوعا فقيمة المقلوع اذا نقصت
منها اجرة القلع كان الباقى قيمة الشجر المستحق القلع فاذا كانت قيمة
الارض مائة وقيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهما بقى تسعة دراهم
فالارض مع هذا الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة
(هذا اذا كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البناء او الغرس واذا عكس
فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة فيأخذها) اى الساحة كذا فى النهاية
(حمر الثوب) الذى غصبه (او صفر او لت السويق) الذى غصبه (بسمن)
فالمالك بالخيار ان شاء (ضمنه) اى الثوب حال كونه (ابيض) يعنى اخذ منه
قيمة ثوب ابيض (ومثل سويقه) وسلم الى الغاصب لانه من المثليات (او اخذهما
اى الثوب والسويق (وضمن مازاد الصبغ والسمن) لان الصبغ مال متقوم
كالثوب و بغصبه وصبغه لايسقط حرمة ماله و يجب صيانتهما ما امكن
وذا فى ايصال معنى مال احدهما اليه وايفاء حق الآخر فى عين ماله وهو فيما
قلنا من التخيير الا انا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب اصل والغاصب
صاحب وصف (وان سود) اى الغاصب (ضمنه) اى المالك (ابيض او اخذه
ولاشئ للغاصب) من اجر التسويد لانه نقص

) فصل (

(غيب) اى الغاصب (ما غصب وضمن قيمته ملكه) اى الغاصب ملكا
(مستندا) الى وقت الغصب وقال الشافعى لايملكها لان الغصب تعد محض
فلايكون موجبا للملك لانه حكم شرعى فيستدعى سببا مشروعا ولنا ان المالك
ملك بدل المغصوب بكماله اى رقبة و يدا فوجب ان يخرج المغصوب عن ملكه
لئلا يجتمع البدل و المبدل فى ملك شخص واحد ووجب ان يدخل فى ملك
الغاصب والالزم ثبوت الملك بلا مالك (وصدق) اى الغاصب (فى قيمته) اى
المغصوب (بيمينه ان لم يبرهن المالك للزيادة) يعنى ان ادعى المالك زيادة قيمة
المغصوب وانكرها الغاصب فان برهن المالك قبل والا صدق الغاصب بيمينه فى
نفى الزيادة كما فى سائر الدعاوى (فان ظهر) اى المغصوب (وهى) اى قيمته
(اكثر) مما ضمن الغاصب (وقد ضمن بقوله) مع يمينه (اخذه) اى المغصوب

(المالك ورد عوضه او امضى) اى المالك (الضمان) لان رضاه بهذا القدر لم يتم حيث ادعى الزيادة وانما اخذ دونها لعدم البينة (ولو) ضمن الغاصب (بقول مالكه او بحجته) اى بحجة مالكه (او نكول الغاصب فهو له) اى للغاصب (ولا خيار للمالك) لانه رضى بالمبادلة بهذا القدر حيث ادعى هذا القدر فقط (نفذ بيع غاصب ضمن بعد بيعه لا اعتاقه كذلك) اى اذا ضمن بعد الاعتاق لان الملك الثابت للغاصب ناقص لثبوته مستندا اذ الثابت مستندا ثابت من وجه دون وجه والملك الناقص يكفى لنفاذ البيع دون العتق (زوائد المغصوب مطلقا) اى سواء كانت متصلة كالسمن والحسن او منفصلة كالولد والثمر (لا تضمن الا بالتعدى او المنع بعد الطلب) لانها امانة وحكمها هذا (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها) اى اذا ولدت الجارية المغصوبة ولدا كان النقصان مضمونا على الغاصب فان كان فى قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد ويسقط ضمانه على الغاصب والا فيسقط بحسابه (زنى بامة غصبها) فحبلت (فردت حاملا فولدت فماتت ضمن قيمتها) لانه لم يردها كما اخذها لانه اخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت جناية فى يد الغاصب فقتلت بها او دفعت بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب كذا هذا (بخلاف الحرة) يعنى اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت فماتت فى نفاسها فانها لا تضمن بالغصب ليبقى عند فساد الرد ضمان الاخذ (زنى بها) اى بامة غصبها (واستولدها) اى حبلت منه (وادعى ثبت النسب) بعد ارضاء المالك لان التضمين ممن له حق التضمين اورث شبهة والنسب يثبت بها كما لو زفت به غير امرأته (والولد رقيق) لان الحرية لا تثبت بالشبهة كذا فى الكافى (المنافع) كركوب الدابة وسكنى الدار واستخدام المملوك (لا تضمن بالغصب والاتلاف) صورة غصب المنافع ان يغصب عبدا مثلا ويمسكه شهرا ولا يستعمله ثم يرده على سيده وصورة اتلاف المنافع ان يستعمل العبد شهرا ثم يرده على سيده كذا فى الكافى (بل) يضمن (ما ينقص باستعماله) فيغرم النقصان (الا ان يكون) اى المغصوب استثناء من قوله لا تضمن (وقفا او مال يتيم) فان منافعهما تضمن كذا فى العمادية وغيرها (ولا) يضمن ايضا (خمر المسلم وخنزيره) بان اسلم ذمى وفى يده الخمر والخنزير فاتلفهما آخر لانهما ليسا بمال فى حق المسلم بخلاف ما للذمى من الخمر والخنزير حيث يضمنان بالاتلاف لانهما مال فى حقه (غصب خمر مسلم فخللها بغير متقوم) كالنقل

من الظل الى الشمس ومنها اليه (او جلد ميتة فدبغه به) اى بغير متقوم كالتراب والشمس (اخذهما المالك مجانا) اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب وكانت الدباغة اظهارا للمالية والتقوم فصارت كغسل الثوب (ولو اتلفهما ضمن) لاتلافه ملك الغير (ولو خللها بمتقوم كالملح ملكه) اى الغاصب الخل (ولا شئ للمالك (عليه) اى الغاصب لان الخمر لم يكن متقوما والملح مثلا متقوم فترجح جانب الغاصب فيكون له بغير شئ (ولو دبغ به) اى بمتقوم كالقرض والعفص ونحوهما (الجلد اخذه المالك ورد مازاد الدبغ) اذ بهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ فى الثوب فترجح جانب الغاصب (ولو اتلفه لا يضمن) لانه لم يتلف مال الغير (ضمن بكسر معزف) وهو آلة اللهو كبربط ومزمار ودف وطبل وطنبور (قيمته صالحا لغير اللهو) ففى الطنبور يضمن الخشب المنحوت ونحوه الباقى (و) ضمن (باراقة سكر ومنصف) وقدم معناهما فى كتاب الاشربة (قيمتهما لا المثل) لان المسلم ممنوع عن تملك عينهما ولو كان فعل لجاز وان اتلف صليب نصرانى ضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم فى حقه وهو مقر عليه فلا يجوز التعرض له (ويصح بيعها) اى بيع هذه المذكورات وقالا لا يضمن ولا يصح بيعها وقيل الخلاف فى الدف والطبل اللذين يضربان للهو فاما طبل الغزاة والدف الذى يباح ضربه فى العرس فيضمنهما بالاتلاف بلا خلاف لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر وله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل ايضا وصارت (كالامة المغنية ونحوها) كالكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى حيث تجب فيها القيمة غير صالحة لهذه الامور والفتوى على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس كذا فى الكافى حل قيد عبد الغير (او) حل (رباط دابته او فتح اصطبلها) اى الدابة (او) فتح (قفص طائره فذهبت) هذه المذكورات وفى الدابة والقفص خلافا لمحمد (او سعى الى سلطان من يؤذيه ولا يدفع) ايذاؤه (بلا رفع اليه او) سعى اليه (من يفسق ولا يمتنع) عن الفسق (بنهيه) اى نهى الساعى (او قال عند سلطان قد يغرم وقد لا) مقول القول قوله (انه وجد مالا فغرمه لا يضمن) فى هذه الصور لانتفاء التسبيب وتخلل فعل فاعل مختار (ولو غرم قطعا يضمن) لوجود التسبيب (كذا) اى يضمن الساعى (لو سعى بغير حق عند محمد) زجرا له عن السعاية وبه يفتى (امر عبد غيره

بالاباق اوقال اقتل نفسك ففعل) اى ابق اوقتل نفسه (وجب عليه) اى على الآمر (قيمته ولوقال له اتلف مال مولاك فاتلف لايضمن) لانه بامره بالاباق اوالقتل صار غاصبا لانه استعمله فى ذلك الفعل امابالامر باتلاف مال المولى فلايصير غاصب ماله وانمايصير غاصبا للعبد والعبد المغصوب قائم لم يهلك وانما التلف بفعل العبد كذا فى العمادية (استعمل عبد الغير نفسه) كان يقول له ارتق هذه الشجرة وانثر الثمرة لتأكل انت وانا (وان لم يعلم انه عبد اوقال) ذلك العبد (انى حر ضمن قيمته) ان هلك لانه استعمله فى منفعته (ولو) استعمله (لغيره) كان يقول ارتق الشجرة وانثر الثمرة لتأكل انت (لا) اى لا يضمن لانه لا يصير به غاصبا كذا فى العمادية

*) كتاب الاكراه (*

وجه المناسبة بينه وبين كتاب الغصب ظاهر (وهو) لغة حمل الفاعل على امر يكرهه وشرعا (حمل الغير على فعل) اعم من اللفظ وعمل سائر الجوارح (بما) متعلق بالحمل وهو اعم من القتل واتلاف العضو والحبس والضرب والقيد (يعدم رضاءه به) اى رضاء الغير بذلك الفعل (لا اختياره) اى لا يعدم اختياره (لكنه) اى مايعدم الرضاء (قد يفسده) اى الاختيار (وقد لا) اى لايفسده فالحاصل ان عدم الرضاء معتبر فى جميع صور الاكراه واصل الاختيار ثابت فى جميع صوره لكن فى بعض الصور يفسد الاختيار وفى بعضها لايفسده اقول هذا هو المسطور فى جميع كتب الاصول والفروع حتى قال صدر الشريعة فى التنقيح وهو امامُلجئ بان يكون بفوت النفس او العضو وهذا معدم للرضاء مفسد للاختيار واما غير ملجئ بان يكون بحبس اوقيد اوضرب وهذا معدم للرضاء غير مفسد للاختيار فلا يصح ماقال فى الوقاية هو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه او يفسد اختياره فان فيه جعل قسم الشئ قسيما له كما لايخفى على من يعرف معنى القسم والقسيم والعجب ان صدر الشريعة بعدما قال فيه ذلك قال فى شرح الوقاية ثم الاكراه نوعان احدهما ان يكون مفوتا للرضاء وهو ان يكون بالحبس اوالضرب والثانى ان يكون مفسدا للاختيار وهو ان يكون بالقتل اوقطع العضو ففوت الرضاء اعم من فساد الاختيار ففى الحبس او الضرب يفوت الرضاء ولكن الاختيار الصحيح باق وفى القتل لارضاء ولكن له اختيار غير صحيح بل اختيار فاسد ثم قال وتحقيقه الى آخر ماقال والشجرة تنبئ عن الثمرة (مع بقاء اهليته) وعدم سقوط الخطاب عنه لان المكره مبتلى

والابتلاء

والابتلاء يحقق الخطاب الايرى انه متردد بين فرض وخطر ورخصة ويأثم مرة ويؤجر اخرى وهو دليل الخطاب وبقاء الاهلية (وشرطه) اربعة امور الاول (قدرة الحامل على) تحقيق (ماهدد به سلطانا اوغيره) يعنى لصا ونحوه وهذا عندهما وعند ابى حنيفة لايتحقق الامن سلطان لان القدرة لاتكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لااختلاف حجة وبرهان لان فى زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة مايتحقق به الاكراه فاجاب بناء على ماشاهد وفى زمانهما ظهر الفساد وصار الامر الى كل متغلب فيتحقق الاكراه من الكل الفتوى على قولهما كذا فى الخلاصة (و) الثانى (خوف الفاعل وقوعه) اى وقوع ماهدد به الحامل بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على مادعى اليه من الفعل والمباشرة (و) الثالث (كونه) اى الفاعل (ممتنعا عما اكره عليه لحق ما) اى لحق نفسه كبيع ماله اواتلافه اواعتاق عبده اولحق شخص آخر كاتلاف مال الغير اولحق الشرع كشرب الخمر والزنا ونحوهما (و) الرابع (كون المكره به متلف نفس اوعضو اوموجب غم يعدم الرضاء) وهذا ادنى مراتبه وهو ايضا متفاوت بحسب الاشخاص كما سيأتى (وهو) اى الاكراه (امامُلجئ يفسد الاختيار لو كان (باتلاف نفس اوعضو واما غير ملجئ لايفسده لو بحبس اوقيد مديدين اوضرب شديد) فى المبسوط الحد فى الحبس الذى هو اكراه مايجئ الاغتمام البين به وفى الضرب الذى هو اكراه مايجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لايزاد عليه ولاينقص منه لان المقادير لاتكون بالرأى ولكنه على قدر مايرى الحاكم اذارفع اليه (بخلاف حبس يوم اوقيده) اى قيد يوم (اوضرب غير شديد) فانها لاتكون اكراها اذلايبالى بمثلها عادة فلايعدم الرضاء (الا لذى جاه) يعنى انه يكون اكراها لرجل له جاه وعزة لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد لغيره فيفوت به الرضاء (فبالاول) يعنى الملجئ (رخص اكل ميتة ودم ولحم خنزير وشرب خمر) لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفى حالة الضرورة مبقاة على اصل الحل لقوله تعالى * الاما اضطررتم اليه * فانه استثنى حالة الضرورة والاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا والاضطرار يحصل بالاكراه الملجئ (وبالصبر على القتل اثم) فى هذه الصور (كما فى المخمصة) لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه (و) رخص ايضا (تلفظ كلمة كفر وقلبه مطمئن بالايمان) لحديث عمار بن يسار رضى الله عنه

حيث ابتلى به وقال له صلى الله تعالى عليه وسلم * كيف وجدت قلبك * قال مطمئنا بالايمان فقال صلى الله تعالى عليه وسلم * فان عادوا فعد * وفيه نزل قوله تعالى * الامن اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية (وبالصبر عليه اى القتل فى هذه الصورة (اجر) اى صار مأجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لان خبيبا رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبى صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء (و) رخص ايضا (اتلاف مال مسلم) لان اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما فى المخمصة وقد ثبت (و) لكن صاحب المال (ضمن الحامل) لان الفاعل آلة للحامل فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل بان يلقيه عليه فيتلفه (لاقتله) عطف على اتلاف اى لا يرخص قتل مسلم بل يصبر على ان يقتل فان قتله كان اثما لان قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما الا ان يعلم انه لو لم يقتله قتله (ويقاد فى العمد الحامل فقط) عند ابى حنيفة ومحمد لان الفاعل يصير آلة له وقال ابو يوسف لا يقاد واحد منهما للشبهة وقال زفر يقاد الفاعل لانه مباشر وقال الشافعى يقاد كل منهما الفاعل بالمباشرة والحامل بالتسبيب (ولا) يرخص بالاول (زنى الرجل لانه كالقتل لان ولد الزنى هالك حكما لعدم من يربيه فلا يستباح لضرورة ما كالقتل ولكن لا يحد استحسانا يعنى اذا لم يرخص زناه بالملجئ كان مقتضى القياس ان يحد لان انتشار الآلة دليل الطواعية (ولكن لا يحد استحسانا فان انتشار الآلة لا يدل على الطواعية اذ قد يكون طبعا كما فى النائم (وبالثانى عطف على بالاول يعنى باكراه غير ملجئ (لا) اى لا يرخص الامور المذكورة (لكنه) اى الثانى من الاكراه (اسقط الحد فى زناها) لانها وان لم تكن مكرهة فلا اقل من الشبهة كذا فى الخانية (لازناه) اى لم يسقط الحد فى زناه لان الاكراه الملجئ لم يكن رخصة فى حقه كما كان فى حق المرأة حتى يكون غير الملجئ شبهة ليندرئ الحد (تصرفات المكره قولا) يعنى ان الاصل ان التصرفات القولية للمكره سواء كان مكرها بالملجئ او بغيره (تنعقد) عندنا كما فى البيوع الفاسدة (وما يحتمل الفسخ يفسخ) انفسخ المكره (ومالا يحتمله (فلا) يفسخ (الاول) وهو ما يحتمل الفسخ (كبيعه وشرائه واجارته وصلحه وابرائه مديونه او كفيله وهبته) فانه اذا اكره على واحد منها باحد نوعى الاكراه خير الفاعل بعد زوال الاكراه ان شاء امضاه وان شاء فسخ لان الاكراه مطلقا يعدم الرضاء والرضاء شرط صحة هذه العقود فتفسد

بفواته

بفواته (واقراره) فانه خبر يحتمل الصدق والكذب وانما صار حجة لرجحان جانب الصدق والاكراه دليل على كذبه فيما يقر به قاصدا الى دفع الشر عن نفسه (ويملكه) اى المبيع بالاكراه (المشترى ان قبض) كما فى سائر البيوع الفاسدة (فيصح اعتاقه) اى اعتاق المشترى لكونه ملكه (ولزمه) اى المشترى (قيمته) لانه اتلف ملكه بعقد فاسد (فان قبض) اى البايع المكره (الثمن او سلم المبيع طوعا) قيد للمذكورين (نفذ) البيع لوجود الرضاء (وان قبضه) اى الثمن (مكرها لا) اى لا ينفذ لعدم الرضاء (ورده) اى رد البايع الثمن الذى قبضه مكرها (ان بقى) فى يده (ولم يضمن ان هلك) لان الثمن كان امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشترى والقبض اذا كان باذن المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه له لكونه مكرها على قبضه فكان امانة كذا فى الكافى (بخلاف ما اذا اكره على الهبة بلا ذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون فاسدا) اى يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان الاكراه على الهبة اكراه على الدفع والاكراه على البيع ليس اكراها على التسليم (هلك المبيع فى يد المشترى غير مكره والبايع مكره ضمن) اى المشترى (قيمته للبايع) لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه كما مر (وله) اى للبايع (ان يضمن اياشاء) من الحامل والمشترى كالغاصب وغاصب الغاصب فالمكره كالغاصب والمشترى كغاصب الغاصب (فان ضمن الحامل رجع على المشترى بقيمته) لانه قام مقام البايع باداء الضمان لان المضمون يصير ملكا للضامن من وقت سبب الضمان وهو الغصب (وان ضمن احد المشترين) وقد تداولته الايدى (نفذ كل شراء) كان (بعده) اى بعد شرائه لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه باع ملك نفسه (ولا) ينفذ ما كان (قبله) لان استناد ملك المشترى الى وقت قبضه بخلاف ما لو اجاز المالك المكره عقدا منها حيث ينفذ ما كان قبله وبعده لان المانع من النفاذ حقه فيعود الكل جائزا (والثانى) وهو ما لا يحتمل الفسخ (كنكاحه وطلاقه واعتاقه) وسائر ما سيأتى فان هذه العقود تصح عندنا مع الاكراه قياسا على صحتها مع الهزل وعند الشافعى لا تصح (ورجع) اى الفاعل على الحامل (بنصف المسمى) فى الطلاق (ان لم يطأ) وكان المهر يسمى فى العقد وان لم يسم فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك

بالطلاق فكان تقريرا للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى الحامل والتقرير كالايجاب فكان متلفاله فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق (و) رجع الفاعل على الحامل (بقيمة العبد) فى الاعتاق لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا لكونه ضمان اتلاف كامر ولا يرجع الحامل على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه (ونذره) فانه اذا اكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من اللاتى هزلهن جد ولا يرجع على الحامل بما لزمه اذ لامطالب له فى الدنيا (ويمينه وظهاره) حيث لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ (ورجعته وايلائه وفيئه فيه) اى فى الايلاء باللسان بان يقول فئت اليها فانها كما صحت مع الهزل صحت مع الاكراه ايضا (واسلامه) فانه اذا اكره عليه صار مسلما اذا وجد احد الركنين قطعا وفى الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا (بلا قتل لو رجع) يعنى اذا اسلم بالاكراه ثم رجع عنه لا يقتل لتمكن الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره اصليا فلا يكون مرتدا (ولا يعتبر ردته) لانها تتعلق بالاعتقاد الا يرى انه لو نوى ان يكفر يصير كافرا وان لم يتكلم به والاكراه دال على عدم تغير الاعتقاد (فلا تبين عرسه) لعدم الحكم بالردة (صادره السلطان) اى طلب منه مالا بالكره (ولم يعين بيع ماله) اى لم يقل بع مالك واعطنى ثمنه (فباعه صح) اى ذلك البيع لعدم الاكراه بالنظر اليه كذا فى الخلاصة (خوفها الزوج بالضرب حتى وهبت مهرها لم تصح) الهبة (ان قدر) اى الزوج (على الضرب) لوجود الاكراه

* كتاب الحجر *

هو لغة المنع مطلقا وشرعا (منع نفاذ التصرف القولى) خصه بالذكر لان الحجر لا يتحقق فى افعال الجوارح وسره ان اثر التصرف القولى لا يوجد فى الخارج بل امر يعتبره الشرع كالبيع ونحوه فاذا لم يوجد فى الخارج جاز ان يعتبر عدمه بخلاف التصرف الفعلى الصادر عن الجوارح فانه لما كان موجودا خارجيا لم يجز اعتبار عدمه كالقتل واتلاف المال والا كان سفسطة (وسببه الصغر) بان يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان عديم العقل وان كان مميزا فعقله ناقص فالضرر محتمل واذا اذن له الولى صح تصرفه لترجح جانب المصلحة (والجنون) فان عدم الافاقة كان عديم العقل كصبى غير مميز وان وجدت فى بعض الاوقات

كان

كان ناقص العقل كصبى عاقل فى تصرفاته واما المعتوه فاختلفوا فى تفسيره واحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعله المجنون (والرق) فان الرقيق له اهلية فى نفسه لكنه يحجر رعاية لحق المولى كيلا يبطل منافع عبده باجارة نفسه لآخر ولا يملك رقبته بتعلق الدين به لكن المولى اذا اذن رضى بفوات حقه (فلم يصح طلاق صبى ومجنون مغلوب) اما المجنون فلعدم عقله واما الصبى فغير العاقل كالمجنون والعاقل لا يقف على المصلحة فى الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف للولى على عدم التوافق باعتبار بلوغه حد الشهوة ولذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته (و) لم يصح (اعتاقهما) لتمحضه فى الضرر (ولا اقرارهما) لان اعتبار الاقوال بالشرع والاقرار يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فامكن رده فيرد نظرا اليهما (وصح طلاق العبد) لانه اهل ويعرف وجه المصلحة فيه وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ (واقراره فى حق نفسه) لقيام اهليته (لا) فى حق (مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكلاهما اتلاف ماله (فان اقر بمال اخر الى عتقه) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه فى الحال لقيام المانع هذا اذا اقر لغير المولى بمال واما اذا اقر له به فلا يلزمه شئ بعد عتقه لما تقرر ان المولى لا يستوجب على عبده مالا (ولو) اقر (بحد او قود عجل) ولم يؤخر الى عتقه لانه مبقى على اصل الحرية فى حق الدم (و) لهذا (لم يصح اقرار المولى عليه فيهما) اى الحد والقود (اذا عقد منهم) اى من المحجورين (من يعقله) اى يعقل العقد بان البيع سالب للملك والشراء جالب له احترز به عن المجنون المغلوب والصبى الغير المميز (خير وليه) بين الفسخ والامضاء واراد بالعقد ما دار بين النفع والضر بخلاف الاتهاب حيث يصح بلا اذن الولى وبخلاف الطلاق والعتاق حيث لا يصحان وان اذن الولى (وان اتلفوا) اى المحجورون سواء عقلوا او لا (شيئا ضمنوا) لما مر انه لا حجر فى افعال الجوارح لان اعتبار الفعل لا يتوقف على القصد فان النائم اذا انقلب على مال انسان واتلفه ضمن وان عدم القصد لكنه لا يخاطب بالاداء الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا ايسر وكالنائم لا يؤمر بالاداء الا اذا استيقظ (لا يحجر حر مكلف بسفه) هو خفة تعترى الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع او العقل مع قيام العقل وقد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير

المال واسرافه على خلاف مقتضى الشرع او العقل (وفسق ودين) عند ابى ح وعندهما وعند الشافعى يحجر على السفيه واذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجره القاضى ومنعه من البيع والاقرار وعندهما وعند الشافعى يحجر على الفاسق زجراله (بل مفت ماجن) هو الذى يعلم الناس الحيل (ومتطبب جاهل ومكار مفلس) هو الذى يكارى الدابة ويأخذ الكراء فاذا جاء اوان السفر لادابة له فانقطع المكترى عن الرفقة فان فى حجر كل منها دفع ضرر العامة فالمفت الماجن يفسد على الناس دينهم والمتطبب الجاهل ابدانهم والمكارى المفلس يتلف اموالهم فان دابته اذا ماتت فى الطريق وليس له اخرى ولا يمكنه شراء اخرى ولا الاستيجار فيؤدى الى اتلاف اموال الناس (بمعنى المنع عن التصرف حسا، قال فى البدايع ليس المراد به حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعى الذى يمنع نفوذ التصرف الا يرى ان المفتى لو افتى بعد الحجر واصاب فى الفتوى جاز ولو افتى قبل الحجر واخطأ لم يجز وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر نفذ بيعه فدل انه ما اراد به الحجر حقيقة وانما اراد به المنع الحسى اى يمنع هؤلاء الثلثة عن عملهم حسا لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر (بلغ) الصبى (غير رشيد) الرشد عندنا هو الرشد فى المال فاذا بلغ مصلحا لماله لا يحجر عليه ولو فاسقا وعند الشافعى فى الدين ايضا (لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة) لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال ينتهى لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين (ولو) وصلية (صح تصرفه قبله) اى لو تصرف فى ماله قبل ذلك نفذ (وبعده) اى بعد بلوغه خمسا وعشرين (يسلم) ماله اليه (ولو بلا رشد) وقالا لا يدفع حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه فيه (يحبس القاضى المديون ليبيع ماله لدينه) لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وايصال الحق الى مستحقه (وقضى) اى القاضى (بلا امره) اى امر المديون (دراهم دينه من دراهمه) لان للداين ان يأخذه بيده اذا ظفر بجنس حقه بلا رضاء المديون فكان للقاضى ان يعينه (وباع دنانيره لدراهم دينه وبالعكس) والقياس ان لا يجوز كلا الامرين لان الدراهم والدنانير يختلفان وجاز استحسانا ووجهه انهما متحدان جنسا فى الثمنية والمالية حتى يضم احدهما الى الآخر فى الزكوة مختلفان فى الصورة حقيقة وحكما اما الاول فظاهر واما الثانى فلعدم جريان ربوا الفضل بينهما لاختلافهما فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية

التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الداين ولاية الاخذ عملا بالشبهين (لا) اى لا يبيع القاضى (عرضه وعقاره) لدراهم دينه لان المقاصد تتعلق بصورهما واعيانهما وليس للقاضى ان ينظر لغرمائه على وجه يلحق به الضرر واما النقود فوسائل لان المقصود فيها المالية لا العين فافترقا (افلس ومعه عرض شراه وقبض بالاذن) اى اذن بايعه (فبايعه اسوة للغرماء) وان كان قبل القبض فللبايع ان يحبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا اذا قبضه المشترى بغير اذنه كان له ان يسترده ويحبس بالثمن (حجر قاض ورفع الى قاض) آخر (فاطلقه) الثانى (جاز) اطلاقه وما صنع المحجور فى ماله من بيع اوشراء قبل اطلاق الثانى وبعده كان جائزا لان حجر الاول مجتهد فيه فيتوقف على امضاء قاض آخر كذا فى الخانية

) فصل (

(بلوغ الصبى بالاحتلام والاحبال والانزال و) بلوغ (الصبية بالاحتلام والحيض والحبل) الاصل ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة ولكن غيره مما ذكر لا يكون الا مع الانزال فجعل كل واحد علامة للبلوغ (والا) اى وان لم يوجد شئ منها (فحتى) اى لا يحكم بالبلوغ حتى (يتم له) اى للصبى (ثمانى عشرة سنة ولها) اى للصبية (سبع عشرة سنة) عند ابى حنيفة لقوله تعالى * ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن حتى يبلغ اشده * واشد الصبى على ما قاله ابن عباس وتبعه القتيبى ثمانى عشرة سنة وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون واقل ما قالوا هو الاول فوجب ان يدار الحكم عليه للاحتياط الا ان الجارية اسرع ادراكا من الغلام فنقص سنة منهن لاشتمالها على الفصول الاربعة التى توافق المزاج (وقالا فيهما بتمام خمس عشرة سنة) وهو رواية عن الامام (وبه يفتى) للعادة الغالبة اذ العلامات تظهر فى هذه المدة غالبا فجعلوا المدة علامة فى حق من لم يظهر له العلامة (وادنى مدته) اى البلوغ (له اثنتى عشر سنة ولها تسع سنين) اذ قد يحصل لهما فى هذا السن علامة البلوغ (فان راهقا) اى قربا الى البلوغ بان بلغا هذا السن (واقرا بالبلوغ كانا كالبالغ حكما) لان البلوغ لما كان حاصلا فى هذا السن ولو نادرا فكان مما يعرف منهما كالحيض قبل اقرارهما به ضرورة

) كتاب المأذون (

الاذن لغة الاعلام وشرعا فك الحجر مطلقا وهو نوعان احدهما (اذن العبد)

وهو (فك الحجر) بالرق الثابت شرعا على العبد (واسقاط الحق) اى حق المولى فان الاصل فى الانسان كونه مالكا للتصرفات فتعلق حق المولى بعروض الرق صار مانعا المالكيته لها فاذا اسقط المولى حقه يعود الممنوع (فيتصرف) اى اذا كان اذن العبد فك الحجر واسقاط الحق فيتصرف العبد (لنفسه باهليته فلا يرجع بالعهدة على مولاه) فانه اذا اشترى شيئا لا يطلب الثمن من المولى لانه مشتر لنفسه والوكيل يطلبه من الموكل (ولا يتوقت) يعنى اذا اذن لعبده يوما اوشهرا كان مأذونا ابدا الى ان يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقف (ولا يتخصص) بنوع فاذا اذن بنوع عم اذنه الانواع فكذا اذا قال اقعد صباغا فانه اذن بشراء ما لا بد منه فى هذا العمل وكذا اذا قيل اد الى الغلة كل شهر كذا بخلاف ما اذا اذن بشراء شئ معين لانه استخدام لا اذن (ويثبت) اى الاذن (دلالة اذا رأى المولى يبيع عبده ملك الاجنبى) احتراز عما اذا رأه يبيع ملك مولاه فانه اذا رأى عبده يبيع ملكا من اعيان المالك فسكت لم يكن ذلك اذنا له كذا فى الخانية (ويشترى) ما اراد (وسكت) اى المولى يكون اذنا له فى التجارة دفعا للضرر ولا يكون اذنا له فى بيع ذلك الشئ اوشرائه كذا فى الاسترو شنية اقول سره ان العبد المحجور انما يصير مأذونا اذا صدر عنه البيع او الشراء فى حق مال الاجنبى كما مر آنفا بحضر من مولاه ففيما اذا باع المحجور بحضر من مولاه ملكا لغيره وصار مأذونا لزم ان يصير مأذونا قبل ان يصير مأذونا وهو ظاهر اللزوم والبطلان فليتأمل فانه دقيق (و) يثبت ايضا (صريحا فلو اذن العبد (مطلقا) بان يقول مولاه اذنت لك فى التجارة صح كل تجارة منه لان التجارة اسم عام يتناول الانواع (فيبيع ويشترى ولو بغبن فاحش) خلافا لهما وبالغبن اليسير جاز اتفاقا لتعذر الاحتراز عنه لهما ان البيع بالغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من الثلث فلا يتناوله الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبى المأذون (ويوكل بهما) لانه قد لا يتفرغ بنفسه (ويرهن ويرتهن ويتقبل الارض) اى يأخذها قبالة بالاستيجار والمساقات (ويأخذها مزارعة ويشترى بزرا يزرعه ويستأجر اجيرا) مشاهرة اومسانهة (ويوجر نفسه ويضارب) اى يدفع المال مضاربة ويأخذها (ويشارك عنانا) لانهما من صنيع التجار (ويقر بدين) لان الاقرار به من توابع التجارة اذ لو لم يصح لم يعامله احد (لغير زوج وولد ووالد) فان اقراره لهم بالدين باطل عند ابى ح خلافا لهما وهو كالاختلاف

فى بيع الوكيل منهم ذكره الزيلعى (و) يقر ايضا (بغصب ووديعة) لان الاقرار بهما ايضا من توابع التجارة اما الثانى فظاهر واما الاول فلان ضمان الغصب ضمان معاوضة لانه يملك المغصوب بالضمان (ويهدى طعاما يسيرا) تحقيقا لمعنى الاذن (ويضيف من يطعمه) لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب اهل حرفته (ويحط من الثمن بعيب) مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف الحط بلا عيب لانه تبرع محض (ويأذن لعبده) ذكره الزيلعى (ولا يتزوج الا باذن المولى) لان الاذن بالتجارة ليس اذنا له (ولا يتسرى وان اذن له) كذا فى تحفة الفقهاء وفى التلويح فى بيان العوارض على الاهلية (ولا يزوج رقيقه ولا يكاتبه) لانهما ليسا من التجارة (ولا يعتق) لانه فوق الكتابة (مطلقا) اى على مال اولا (ولا يقرض) لانه تبرع ابتداء (ولا يهب) لانه تبرع محض (مطلقا) اى بعوض اولا (ولا يبرأ) لانه كالهبة (ولا يتكفل) لكونه ضررا محضا (مطلقا) اى لا بالنفس ولا بالمال (دين وجب بتجارته) مبتدأ خبره قوله الآتى يتعلق برقبته (او بما هو فى معناها) كبيع وشراء واجارة واستيجار وغرم وديعة وغصب وامانة جحدها وعقر وجب بوطئ مشريته بعد الاستحقاق (يتعلق برقبته) لانه دين ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة (يباع فيه ان حضر مولاه) قال فى الهداية يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال شراحه هذا اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه (ويقسم ثمنه بالحصص و) يتعلق (بكسبه مطلقا) اى سواء حصل قبل الدين اوبعده (و) يتعلق (بما اتهب وان لم يحضر) اى مولاه هذا قيد للكسب والاتهاب ولا تنافى بين تعلقه وتعلق بالكسب وتعلقه بالرقبة فيتعلق بهما ولكن يبدأ بالاستيفاء من الكسب لامكان توفير حق الغرماء مع تحصيل مقصود المولى فان لم يوجد الكسب يستوفى من الرقبة كذا فى الكافى (لا) اى لا يتعلق الدين (بما اخذه منه مولاه قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له (ويطالب بباقيه بعد عتقه) لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة ولا يباع ثانيا لان المشترى يمتنع حينئذ عن شرائه فيؤدى الى امتناع البيع بالكلية فيتضرر الغرماء (ولمولاه اخذ غلة مثله بوجود دينه ومازاد

للغرماء) يعنى لوكان المولى يأخذمن العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين كان له ان يأخذها بعد لحوقه استحسانا والقياس ان لايأخذ لان الدين مقدم على حق المولى فى الكسب وجه الاستحسان ان فى ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بمكاسبه ولايحصل المكاسب الابيقاء الاذن فى التجارة ولومنع من اخذ الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكتساب واواخذ اكثر من غلة مثله رد الفضل على الغرماء لتقدم حقهم ولاضرورة فيها (وينحجر بحجره) اى بقول المولى له حجرتك عن التصرف اوايصال خبر حجره اليه (ان علم اكثراهل سوقه) حتى لو حجر عليه فى السوق وليس فيه الا رجل اورجلان لاينحجر اذ المعتبر اشتهار الحجر وشيوعه فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل هذا اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلمه الا العبد ثم حجر عليه بمعرفته ينحجر لانتفاء الضرر (و) ينحجر ايضا (باباقه) لان المولى لايرضى بتصرف عبده الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا عليه دلالة (وموت مولاه وجنونه مطبقا ولحوقه بدار الحرب مرتدا) علم العبد اولم يعلم لان الاذن ليس امرا لازما ومالايكون لازما من التصرفات يكون لدوامه حكم الابتداء كانه يأذن له ابتداء فى كل ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه فى كل ساعة فتركه على ماكان عليه كانشاء الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية فى تلك الساعة كما يشترط فى الابتداء وقد زالت بالموت والجنون وباللحاق ايضا لانه موت حكما حتى يعتق مدبروه وامهات اولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا عليه فى ضمن بطلان الاهلية (واستيلادها) اى تنحجر الامة المأذونة باستيلادها فانه يحصنها بعد الولادة فيكون الاستيلاد دلالة الحجر عادة (لابالتدبير) اى اذا استدانت الامة المأذونة لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهى مأذونة لها على حالها لعدم دلالة الحجر اذ لم تجر العادة بتحصين المدبرة (وضمن) اى المولى (بهما) اى بالاستيلاد والتدبير (قيمتهما للغرماء) لاتلافه محلا يتعلق به حقهم اذ بهما يمتنع البيع وبه كان يقضى حقوقهم (اقر) اى المأذون (بعد حجره ان مامعه امانة اوغصب اوبدين عليه صح) اقراره ويقضى ممافى يده وقالا لايصح لان مصحح اقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة وله ان المصحح هو اليد ولهذا لايصح اقراره قبل الحجر فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغ مافى يده من الاكتساب عن حاجته واقراره دليل تحققها

(احاط دينه بماله ورقبته لم يملك مولاه مامعه فلم يعتق عبد كسبه باعتاق مولاه) وقالا يملكه المولى فيعتق العبد وعليه قيمته لوجود سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطئ الجارية المأذون لها وهو دليل كمال الملك وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه (وعتق ان لم يحط) اى دينه بماله ورقبته بلا خلاف اما عندهما فظاهر واما عنده فلانه لايعرى عن قليل دين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل المقصود من الاذن (ويبيع من مولاه بمثل القيمة) لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين ولايبيع منه بنقصان لانه متهم فى حقه لكونه مولاه (و) يبيع (مولاه) منه (به) اى بمثل القيمة (وبالاقل) لان مولاه اجنبى من كسبه اذا كان عليه دين كما مر ولاتهمة فيه (وله) اى للمولى (حبسه) اى المبيع (بالثمن) اى بمقابلة استيفاء الثمن من العبد لان البيع لايزيل ملك اليد مالم يتصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ماكان عليه حتى يستوفى الثمن ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء (ولو) باع المولى منه (بالاكثر حط الزائد اوفسخ العقد) اى يؤمر مولاه بازالة المحاباة اوفسخ العقد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (ويبطل) اى الثمن (لوسلم) اى مولاه (المبيع قبل قبضه) اى الثمن فلا يطالب العبد بشئ لانه لما سلم المبيع سقط حقه فى الحبس ولايجب له على عبده دين فخرج مجانا (صح اعتاقه) اى اعتاق المولى العبد المأذون (مديونا) لبقاء ملكه (وضمن) المولى للغرماء (الاقل من دينه وقيمته) اى اذا كان الدين اقل من القيمة يضمن الدين اذ لاحق لهم الا فى الدين وان عكس ضمن القيمة اذ تعلق حقهم بالرقبة وهو اتلفها (وذا) اى المأذون ضمن (فضل دينه) على قيمته لان الدين فى ذمته ومالزم المولى الابقدر ما اتلف ضمانا فبقى الباقى عليه كما كان (بيع عبد مأذون) له (محيط دينه برقبته وغيبه المشترى) بعد ان قبض (اجاز الغريم) اى خير الغريم ان شاء اجاز (بيعه وله ثمنه) لان الحق له والاجازة اللاحقة كالاذن السابق (اوضمن المشترى اوالبايع قيمته) لان حقه تعلق بالعبد حتى كان له ان يبيعه الا ان يقضى المولى دينه والبايع يتلف بالبيع والتسليم والمشترى بالقبض والتغييب فيخير فى التضمين (فان ضمن المشترى رجع) اى المشترى بالثمن (على البايع) لان اخذ القيمة منه كاخذ العين (و) ان ضمن (البايع سلم المبيع للمشترى وتم البيع) لزوال المانع (ثم

اى بعد ما ضمن البايع (ان رد) اى العبد (على مولاه بعيب رجع) اى مولاه (على الغريم بقيمته وعاد حقه) اى حق الغريم (فى العبد) لارتفاع سبب الضمان وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن بالقيمة ثم رد عليه بعيب كان له ان يرد على المالك و يسترد القيمة كذا هنا كذا فى الكافى (وايهما اختار تضمينه برئ الاخر) حتى لا يرجع عليه وان توبت القيمة عند الذى اختاره لان المخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين حقه فيه وليس له ان يختار الاخر (ولو ظهر) اى العبد المغيب (بعد التضمين) اى بعد ما اختار تضمين احدهما (لا سبيل له) اى للغريم (عليه) اى العبد (ان قضى له) بالقيمة (ببينة او نكول) لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء (ولو) قضى له بالقيمة (بقول الخصم مع يمينه وقد ادعى الغريم اكثر منه فهو بالخيار) ان شاء (رضى بالقيمة او ردها واخذ العبد) فيبع له اذ لم يصل اليه تمام حقه بزعمه كذا فى النهاية (وان باعه معلما دينه فللغريم رد بيعه ان لم يف بدينه ثمنه) لانه اذا لم يف به له نقض البيع كيف كان (وان وفى) ثمنه بدينه (ولا محابات فى البيع لا) اى ليس للغريم ان يرد البيع لان حقه قد وصل اليه فينفذ البيع لزوال المانع (ولا يخاصم الغريم مشتريا ينكر دينه ان غاب بايعه) يعنى لو باع المولى عبده المديون وقبضه المشترى ثم غاب البايع لا يكون المشترى خصما للغريم اذا انكر المشترى الدين لان الدعوى يتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبايع والمشترى فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه (اشترى عبد و باع ساكتا عن اذنه وحجره فهو مأذون) يعنى ان عبدا اذا قدم مصرا فباع واشترى فالمسئلة على وجهين احدهما ان يخبران مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان اولا والقياس ان لا يصدق لانه مجرد دعوى منه ولا يصدق الا بحجة لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * البينة على المدعى وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك القياس فيه والنظر وثانيهما ان يبيع و يشترى ولا يخبر بشئ والقياس فيه ايضا ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفى الاستحسان يثبت لان الظ انه مأذون لان امور المسلمين محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن الناس (ولا يباع لدينه الا اذا اقر مولاه باذنه) لان الاذن بالتجارة رضاء ببيع رقبة المأذون بالدين (او اثبته) اى الاذن (الغريم) يعنى ان قال المولى هو

محجور فالقول له لتمسكه بالاصل فلا يباع الا اذا اثبت الغريم اذنه فحينئذ يباع (و) النوع الثانى (اذن الصبى والمعتوه) العته اختلال فى العقل بحيث يختلط كلامه فيشبه تارة بكلام العقلاء واخرى بكلام المجانين وحكمه حكم الصبى مع العقل (وهو فك الحجر واثبات الولاية لهما وتصرفهما ان نفع كالاسلام والاتهاب صح بدونه) اى بدون الاذن (وان ضر كالطلاق والعتاق لا وان) وصلية (اذنا به وما نفع) تارة (وضر) اخرى (كالبيع والشراء صح به) اى بالاذن لان الصبى العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز و يشبه طفلا لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفى عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحق بالبايع فى النافع المحض وبالطفل فى الضار المحض وفى الدائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن و بالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون منعقدا موقوفا على اجازة الولى لان فيه منفعة لصيرورته مهتديا الى وجوه التجارات حتى لو بلغ فاجازه نفذ عندنا خلافا لزفر لانه توقف على اجازة وليه وقد صار وليا بنفسه (وشرط لصحته) اى الاذن (ان يعقلا البيع سالبا للملك) عن البايع (والشراء جالبا له) اى للملك الى المشترى (الولى الاب ثم وصيه ثم الجد) اب الاب (ثم وصيه ثم القاضى اووصيه) دون الام اووصيها وقد سبق الاشارة اليه فى كتاب النكاح فى باب الولى (ولو اقرا) اى الصبى والمعتوه (لانسان بما معهما من الكسب والارث) يعنى اقر ان ما ورثاه من ابيهما لفلان (صح) فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة انه لا يصح فيما ورثه لان صحة اقراره فى كسبه لحاجته الى ذلك فى التجارات ولا حاجة فى الموروث وجه الظاهر انه بانضمام رأى المولى التحق بالبالغ وكل من المالين ملكه فيصح اقراره

) كتاب الوكالة (

وجه المناسبة بين الكتابين ان فى كل من الوكالة والاذن معنى الرضاء بتصرف الغير وهى لغة الحفظ ومنه الوكيل فى اسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك فى مالى يملك الحفظ فقط وقيل التركيب يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال على الله توكلنا اى فوضنا امورنا وسلمنا وعلى هذا (التوكيل) لغة تفويض الامر الى الغير وشرعا (تفويض التصرف) فى امره (الى غيره) واقامته مقامه (والرسالة تبليغ الكلام الى الغير) بلا دخل له فى التصرف (وشرط جوازه كون الموكل اهل تصرف) لم يقل اهل التصرف لئلا يفهم

ارادة التصرف المذكور فانها باطلة لاستلزامها بطلان توكيل المسلم كافرا ببيع الخمر (و) كون (الوكيل يعقله) اى يعقل ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والفاحش (ويقصده) حتى لو تصرف هازلا لايقع عن الآمر ففرع على قوله كون الموكل اهل تصرف بقوله (فصح توكيل المسلم كافرا ببيع الخمر) وفرع على قوله والوكيل يعقله ويقصده بقوله (والحر) اى وصح ايضا توكيل الحر (البالغ والمأذون) عبدا كان اوصبيا (مثلهما) فيتناول الصور الاربع (وصبيا يعقله وعبدا) حال كونهما (محجورين) لوجود الشرط المذكور فى كل مما ذكر انما لم يقل ههنا ويرجع حقوق العقد الى موكلهما لانه قال فيما بعد ان لم يكن محجورا (والتوكيل) عطف على توكيل المسلم (بكل مايعقده بنفسه) فان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى توكيل غيره فلابد من جوازه دفعا لحاجته (لنفسه) احتراز عن الوكيل حيث لايجوز له ان يوكل فيما وكل فيه لانه استفاد التصرف عن غيره وهو مقيد بما امر به حتى لو صرح به ايضا جاز (وبالخصومة) عطف على بكل (فى كل حق) اذ ليس كل احد يهتدى الى وجوه الخصومات فيحتاج الى توكيل غيره كما مر (ولم يلزم) اى التوكيل بالخصومة لم يقل ولم يجز لان الجواز اتفاقى والخلاف فى اللزوم (بلا رضاء خصمه) المتأخرون اختار والفتوى ان القاضى اذا علم من الخصم التعنت فى اباء الوكيل لايمكنه فى ذلك ويقبل الوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه فى التوكيل لايقبل منه التوكيل الا برضاء صاحبه وهو اختيار شمس الائمة السرخسى كذا فى الكافى (الا الموكل مريض اومسافر) اى غائب مسافة ثلثة ايام فصاعدا (اومريد للسفر) بان ينظر القاضى فى حاله وفى عدته فانه لايخفى هيئة من يسافر ولايقبل قوله انى اريد ان اسافر (اومخدرة) لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم (و) صح ايضا التوكيل (بايفائه) اى بايفاء كل حق (واستيفائه الا فى حد وقود) فانه لايجوز (بغيبة موكله) عن المجلس لانهما يسقطان بالشبهات فلايستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة (قال انت وكيلى فى كل شىء كان وكيلا فى الحفظ فقط ولو زاد جائز امره كان وكيلا فى جميع التصرفات حتى الطلاق والعتاق) قال فى الفتاوى الصغرى لو زاد جائز امره فهو وكيل فى الحفظ والبيع والشراء وتقاضى ديونه وحقوقه والهبة والصدقة وغير ذلك لانه فوض اليه التصرف عاما فصار كما لو قال ماصنعت

من شىء فهو جائز فيملك جميع انواع التصرفات حتى لو انفق على نفسه جاز لانه اجاز صنيعه وهذا من صنيعه ثم قال وهذا التعليل يقتضى انه اذا طلق امرأته جاز فيفتى بهذا حتى يتبين خلافه (حقوق عقد) مبتدأ خبره قوله الآتى تتعلق به (يضيفه الوكيل الى نفسه) فى عرف اهل المعاملة (كبيع واجارة وصلح عن اقرار) امثلة للعقد فان الوكيل بالبيع يقول بعت هذا منك ولايقول بعت هذا منك من قبل فلان وكذا الوكيل بالشراء يقول اشتريت هذا منك ولايقول لاجل فلان (تتعلق) اى تلك الحقوق (به) اى بالوكيل (ان لم يكن) اى الوكيل (محجورا) احتراز عن الصبى والعبد المحجورين فان توكيلهما جائز لكن حقوق عقدهما ترجع الى الموكل ومثل حقوق العقد بقوله (كتسليم المبيع) ان وكل بالبيع (وقبضه) ان وكل بالشراء (وقبض ثمنه) اى ثمن مبيعه (والمطالبة بثمن مشريه) يعنى ان الوكيل بالشراء اذا اشترى شيئا يطالبه البايع بثمنه (والرجوع به) اى بالثمن (عند الاستحقاق) اى استحقاق ماباع اورجوعه هو بالثمن على بايعه عند استحقاق مااشترى (والمخاصمة) اى يخاصم ويخاصم (فى شفعة مابيع وفى العيب فيرده) اى المبيع الى البايع (او كان بيده وبعد تسليمه) الى الموكل يرده (باذنه) اى اذن الموكل (وللمشترى منع الثمن من موكل بايعه) يعنى اذا وكل رجلا ببيع شىء فباعه ثم الموكل طلب الثمن من المشترى له منعه لان المشترى اجنبى عن العقد وحقوقه كما بينا (وان دفع اليه) اى الموكل (صح ولايطالبه بايعه) يعنى (الوكيل) ثانيا لان المقبوض حقه فلافائدة فى نزعه منه ثم رده اليه وبرئت ذمة المشترى لوصول الثمن الى مستحقه (والملك يثبت للموكل ابتداء لكن خلافة عن الوكيل) جواب عن سؤال مقدر كما ذكر فى النهاية وهو ان يقال اذا ثبت الملك للموكل ينبغى ان يكون الحقوق راجعة اليه لانها تابعة للملك فاجاب عنه بهذا وقال نعم الملك يثبت للموكل ابتداء لكن يثبت له خلافة عن الوكيل وحاصله ان الوكيل خلف عن الموكل فى حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل فى حق الملك كالعبد اذا قبل الهبة ثبت الملك للمولى ابتداء (وقيل) الملك يثبت (للوكيل لكن لايتقرر) بل ينتقل الى الموكل بلا مهلة (وعلى القولين لايعتق قريب شراه) اى الوكيل (ولوكان) اى المشترى (عرسه لايفسد النكاح) اما على الاول فظاهر لان المشترى لم يملك واما على الثانى فلان العتق وفساد النكاح يقتضيان تقرر الملك على ماذكر فى الزيادات وغيره فاذا لم يوجد لم يحصلا واعترض عليه

بانه مخالف لاطلاق قوله صلى الله تعالى عليه وسلم * من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه * واجيب بان المطلق ينصرف الى الكامل وهو الملك المقرر والمجتهد غير غافل وانما فرعهما الاكثرون على القول الاول لانه اصح عندهم (وحقوق عقد يضيفه) اى الوكيل (الى الموكل كنكاح وخلع وصلح عن انكار او دم عمد وعتق على مال وكتابة وهبة وصدقة واعارة وايداع ورهن واقراض تتعلق بالموكل) وسره ان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات والوكيل اجنبى عن الحكم فلابد من اضافة العقد الى الموكل ليكون الحكم مقارنا للسبب اما النكاح فلان الاصل فى البضع الحرمة فكان النكاح اسقاطا لها والساقط يتلاشى فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الاصالة ووقوع الحكم لغيره فجعل سفيرا ليقترن الحكم السبب حتى لو اضاف النكاح الى نفسه وقع له بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما فى البيع بخيار فجاز صدور السبب عن شخص اصالة ووقوع الحكم لغيره خلافة واما الخلع فلانه اسقاط للنكاح والناكح المرء والمنكوحة المرأة والوكيل امامنه اومنها وعلى التقديرين يكون سفيرا محضا فلابد من الاضافة الى الموكل واما الصلح عن انكار فانه ايضا اسقاط محض لا يشوبه معاوضة بل فداء يمين فى حق المدعى عليه فلابد من الاضافة الى الموكل وكذا الصلح عن دم العمد فانه اسقاط محض والوكيل اجنبى سفير فلابد من الاضافة وكذا الحال فى البواقى وهذا ملخص ما ذكره القوم فى هذا المقام ويضمحل به ما قال صدر الشريعة واما الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار او انكار فى الاضافة فان زيدا اذا ادعى دارا على عمرو فوكل عمرو وكيلا على ان يصالح على المائة فيقول زيد صالحت عن دعوى الدار على عمرو بالمائة ويقبل الوكيل هذا الصلح يتم الصلح سواء كان عن اقرار او انكار الا انه اذا كان عن اقرار يكون كالبيع فيرجع الحقوق الى الوكيل كما فى البيع فتسليم بدل الصلح على الوكيل واذا كان عن انكار فهو فداء يمين فى حق المدعى عليه فالوكيل سفير محض فلا يرجع اليه الحقوق وذلك لانه ان اراد بقوله يتم الصلح سواء كان عن اقرار او انكار تمامه بلا اعتبار اضافته فى صورة الاقرار الى الوكيل وفى صورة الانكار الى الموكل فلا نسلم ذلك فانه عين محل النزاع وان اراد تمامه باعتبار تلك الاضافة كان اعترافا بصحة كلام القوم فلا وجه لانكار الفرق والقول بالتسوية وفرع على كون

الوكيل فى هذه الصور سفيرا محضا بقوله (فلا يطالب) من قبل المرأة (وكيله) اى وكيل الزوج (بالمهر ووكيلها بتسليمها وبدل الخلع) لما مر من كون الوكيل فى هذه الصور سفيرا محضا (التوكيل بالاستقراض باطل) حتى لا يثبت به الملك لان تفويض التصرف فى ملك الغير لا يجوز ونقض بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان التصرف فى ملك الغير انما لا يجوز اذا لم يكن بعوض وفى التوكيل بالشراء عوض فافترقا (لا الرسالة) فانها غير باطلة لانتفاء تفويض التصرف فيها لان الرسول سفير محض وقدمر ان التوكيل بالاقراض صحيح لانه تفويض التصرف فى ملكه

) باب الوكالة بالبيع والشراء (

(ان عممت) اى الوكالة جزاء الشرط قوله الاتى صحت قال فى الهداية من وكل بشراء شئ فلابد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا (او علم) بصيغة المجهول اى يكون معلوما بين الوكيل والموكل (ما وكل بشرائه او جهل جهالة يسيرة) وهى جهالة النوع (صحت) اى الوكالة (وان) وصلية (لم يبين الثمن) لان الوكيل يقدر على الامتثال (وان) شرطية (جهل) اى ما وكل به (جهالة فاحشة) وهى جهالة الجنس (لا) اى لا تصح الوكالة (وان) وصلية (بين الثمن) لان الوكيل لا يقدر على الامتثال (وان) شرطية (جهل) اى ما وكل به (جهالة متوسطة) وهى ما بين النوع والجنس (فان بين النوع او ثمن عين نوعا صحت) لان الوكيل ح يقدر على الامتثال لكون الجهالة يسيرة (والا فلا) لان الوكيل ههنا ايضا لا يقدر على الامتثال لكون الجهالة فاحشة (الاول) وهو ما جهل جهالة يسيرة (كالفرس والبغل والحمار والثوب الهروى او المروى والثانى) وهو ما جهل جهالة فاحشة (كالثوب والدابة والرقيق والثالث) وهو ما جهل جهالة متوسطة (كالعبد والامة والدار فاذا وكل بشراء فرس ونحوه مما ذكر (صح وان لم يبين) الثمن (لانه من القسم الاول (واذا وكل بشراء عبد) ونحوه (صح ان بين النوع) كالتركى (او ثمن عين نوعا) من انواع العبد وجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين شئ منهما لم يصح والحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال (واذا وكل بشراء ثوب) ونحوه (لا) اى لا يصح (وان بينه) اى الثمن اذ بمجرد بيانه لا يرتفع الجهالة

(التوكيل بشراء طعام يقع على البرودقيقه) يعنى دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى طعاما يشترى البرودقيقه والقياس ان يشترى كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان الطعام اذا قرن بالبيع والشراء يحمل على ما ذكرنا عرفا ولاعرف فى الاكل فبقى على الوضع (وقيل) يقع (على البر فى الدراهم كثيرة والخبز فى قليلة والدقيق فى متوسطة) رعاية للتناسب بين الثمن والمثمن (وفى متخذ الوليمة يقع (على الخبز مطلقا) يعنى قلت الدراهم اوكثرت لدلالة الحال (وكل بشراء هذا العبد بدين له على الوكيل صح) يعنى اذا كان لرجل على آخر الف فامره ان يشترى بها هذا العبد فاشتراه صح ولزم الموكل حتى لومات مات عليه (وان اطلق) يعنى وكل بان يشترى له بالالف عبدا غير معين (فاشترى عبدا كان) اى ذلك العبد (للوكيل الاان يقبضه الموكل) حتى لومات قبل قبض الموكل مات على الوكيل ولو بعده مات على الموكل وقالا هو للموكل فى الوجهين اذا قبضه الوكيل لهما ان الدراهم والدنانير لاتتعينان فى المعاوضات دينا كانت اوعينا حتى لوتبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لادين لايبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فى الدين سواء فيصح التوكيل ويلزم الموكل وله انها تتعين فى الوكالات حتى لوقيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين اواسقط الدين باسقاط رب الدين عن المديون بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بلاتوكيل بقبضه اوكان امرا بدفع شئ لايملكه الموكل الابالقبض وهو الدين وكلاهما غير جائز واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على الوكيل فهلك من ماله الاان يقبضه الموكل من الوكيل فيصير بيعا بالتعاطى فيهلك من مال الموكل (وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه له) اى للموكل (فان قال له بعنى نفسى لفلان فباع صح) فيكون للموكل لان العبد يصلح لان يشترى نفسه لنفسه ولغيره بالوكالة لكونه اجنبيا عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال لان ماليته فى يده فاذا اضافه الى الامر صح فعله للامتثال فيقع العقد للآمر (وان لم يقل لفلان) بل قال بعنى نفسى لنفسى اوقال بعنى نفسى ولم يقل لى اولفلان (عتق) امافى الاول فلما مر انه يصلح لشراء نفسه واما فى الثانى فلان المطلق يحتمل الوجهين فلايقع الامتثال بالاحتمال فيصير التصرف واقعا لنفسه (والثمن على العبد فيهما) اى فى الوجهين لاعلى

الآمر

الآمر اما اذا وقع الشراء له فظاهر واما اذا وقع للآمر فلان المباشر هو العبد فيرجع الحقوق اليه فيطالب بالثمن لكنه يرجع على الآمر فان قيل العبد هنا محجور وقدمر ان العبد اذا كان محجورا عليه لايرجع الحقوق اليه قلنا زال الحجر هنا بالعقد الذى باشره مقترنا باذن المولى (وكل عبد من يشترى نفسه من مولاه له) اى للعبد (بالف دفع) الى وكيله (فان قال) اى وكيله (له) اى لمولاه (اشتريته لنفسه فباعه عتق عليه) اى على ذلك المال لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشرى العبد نفسه بمال قبول الاعتاق ببدل والوكيل سفير عنه فصار كانه اشترى بنفسه فلزم الولاء للمولى (وان لم يقل) وكيله اشتريته (لنفسه كان) اى العبد (لوكيله) لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيراعى ذلك بخلاف شرى العبد نفسه لتعين المجاز فيه (وعليه) اى على الوكيل (ثمنه) لانه العاقد (والالف الذى دفعه العبد (للمولى) لانه كسب عبده (قال) اى المأمور بشراء العبد (شريت عبدا للآمر فمات) اى العبد (وقال) اى الآمر (بل) شريت لنفسك فان كان) اى العبد (معينا فلو) كان (حيا فالقول للمأمور مطلقا) اى سواء كان الثمن منقودا اولا (ولو) كان (ميتا فان كان الثمن منقودا فكذا) اى القول للمأمور (والا) اى وان لم يكن منقودا (فللآمر) اى القول له (وان كان غيره) اى ان كان العبد غير معين (فكذا) اى القول للمأمور (ان كان) اى الثمن (منقودا) سواء كان العبد حيا اوميتا (والا) اى وان لم يكن الثمن منقودا (فللآمر) سواء كان العبد حيا اوميتا قال فى الكافى هذه المسئلة على ثمانية اوجه لانه اما ان يكون مأمورا بشراء عبد بعينه اوبغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا اولا وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشراء اوميتا فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه فان اخبر عن شرائه والعبد حى فالقول للمأمور بالاجماع منقودا كان الثمن اوغير منقود لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به فى التحقق والثبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندى بعد الشراء وانكره الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر لانه يخبر عما لايملك استينافه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه لان الثمن كان امانة فى يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذى امر به

فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشتريته لك فقال الآمر لا بل هو عبدك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه يخبر عما يملك استينافه وان لم يكن منقودا فالقول للآمر عند ابى حنيفة وعندهما القول للمأمور وان كان العبد ميتا فان لم يكن الثمن منقودا فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استينافه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين ادعى الخروج عن عهدة الامانة فيكون القول قوله قال فى الهداية من امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندى وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان فى الوجه الاول اخبر عما لا يملك استينافه وهو الرجوع بالثمن على الامر وهو منكر والقول للمنكر وفى الثانى هو امين يدعى الخروج من عهدة الامانة فيقبل قوله وقال صدر الشريعة كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلا يتم به الفرق اقول الآمر ليس كما قال لان التعليل الثانى لا يجرى فى الصورة الاولى اذ لا يجوز ان يقال المأمور امين يدعى الخروج من عهدة الامانة لانه انما يكون امينا اذا كان قابضا للثمن والفرض انه لم يقبضه (له) اى للوكيل بالشراء (الرجوع بالثمن على آمره) اذا فعل ما امر به سواء (دفعه) اى الثمن (الى بايعه اولا و) له ايضا (حبس المبيع منه) اى من آمره (لقبض ثمنه وان لم يدفعه) اى الثمن الى البايع لما تقرر من انعقاد مبادلة حكمية بينهما ولهذا اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرد الموكل على الوكيل بالعيب (فان هلك) اى المبيع (فى يده) اى الوكيل (قبل الحبس فعلى الآمر) اى هلك من ماله (ولم يسقط الثمن) لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفى الثمن لما ذكر (و بعده) اى بعد حبسه (فعليه) اى المأمور (وسقط) اى الثمن لان الوكيل كالبايع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه كما فى البيع (وليس للوكيل بشراء شئ بعينه شراؤه لنفسه) لانه يؤدى الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه (الا اذا اشتراه بغير جنس ما سمى او بغير النقود او) شرى (غيره بامره بغيبته) فحينئذ يكون المشترى للوكيل الاول لانه خالف امر الموكل فنفذ عليه (فان حضر) اى الوكيل الاول (فلآمره) اى يكون المشترى للموكل الاول لحصول رأى وكيله وعدم المخالفة (وفى غير عين) اى اذا وكل بشراء شئ غير معين (هو له) اى ما شراه للوكيل (الا اذا اطلق ونواه) اى كون المبيع (لآمره) اى اشترى بالف مطلق بلا تقييد كونه

ملك الموكل لكن نوى الشراء له فيكون للموكل (او اضاف العقد الى ماله) اى مال آمره بان يقول اشتريت بهذا الالف وهو مال الموكل وان لم ينقد الثمن منه فان اضافه الى مال نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل شرعا له ان يفعله عادة اذ الشرى لنفسه باضافة العقد الى مال غيره مستنكر شرعا وعادة (صح التوكيل (بعقد الصرف والاسلام) العبارة المذكورة فى كتب القدماء عقد الصرف والسلم قال صاحب الهداية والكافى وسائر المتأخرين المراد الاسلام اى شراء شئ بعقد السلم (لا) اى لا يصح التوكيل (بقبول السلم) لانه توكيل ببيع الكر بعقد السلم وهو لا يجوز اذ الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على ان يكون الثمن لغيره ولا نظير له فى الشرع (العبرة لمفارقة الوكيل فيهما) اى الصرف والسلم (لا لمفارقة الآمر) يعنى اذا فارق الوكيل صاحبه قبل القبض فى العقدين بطلا لوجود الافتراق قبل القبض ولا عبرة لمفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمعتبر قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان لم يتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة فى العقد لا القبض (قال بعنى هذا لزيد فباعه فانكر المشترى) اى امر زيد بعد اقراره بقوله لزيد (فان كذبه) اى كذب المشترى (زيد) فى انكاره وقال انا امرته (اخذه) اى زيد لان قوله بعنى لزيد اقرارا منه بالوكالة فاذا انكر الامر بعده صار مناقضا والمناقض لا قول له فتكون للموكل (وان صدقه) اى صدق المشترى زيد فى انكاره (لا) اى لا يأخذه زيد لان اقرار المشترى ارتد برده (الا برضاه) لان المشترى له لما جحد الامر اول مرة بطل اقرار المقر ولزم الشراء للمشترى فاذا سلمه واخذه صار بيعا بالتعاطى (امر بشراء من لحم بدرهم فشرى منوين به مما يباع من بهلزم الامر من بنصفه) لانه امره بشراء من ولم يأمر بشراء الزيادة فينفذ شراء المن على الموكل والزيادة على الوكيل (و امر (بشراء عبدين معينين بلا ذكر ثمن فشرى احدهما او) امر (بشرائهما بالف وقيمتهما سواء فشرى احدهما بنصفه او اقل وقع عنه) اى عن الآمر فى الصورتين اما فى الاولى فلانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة و باقل منها مخالفة الى خير (و بالاكثر) مخالفة الى شر فيقع (عن المشترى الا اذا شرى الباقى بالباقى قبل الخصومة) لان الشراء الاول باق وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين ولم يثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها (قال الوكيل شريته بالف وقال الآمر بنصفه فان كان

اى الآمر (الفه) اى اعطاه الالف (صدق المأمور ان ساواه) اى المشترى
الالف يعنى اذا وكل رجل آخر بشراء عبد بالف فقال اشتريته بالف وقال
الآمر اشتريته بنصفه فان كان الآمر اعطاه الالف وهو يساويه فالقول للمأمور
لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى عليه
خمسمائة وهو منكر (والا) اى وان لم يساوه بل يساوى خمسمائة (فالآمر) اى
صدق الآمر بلا يمين لانه امره بشراء عبد بالف والمأمور اشترى بغبن فاحش
فيقع فيضمن خمسمائة (وان لم يأ لفه وساوى نصفه) اى خمسمائة (صدق)
اى الآمر بلا يمين (وان ساواه تحالفا) لان الموكل والوكيل هنا كالبايع والمشترى
وقد وقع الاختلاف فى الثمن فيجب التحالف ويفسخ العقد فيلزم المشترى
الوكيل (كذا معين لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا فى ثمنه) يعنى اذا قال له اشتر
هذا العبد لى ولم يسم ثمنا فاشتريه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور
بالف وصدق البايع المأمور تحالفا لانهما اختلفا فى مقدار الثمن ولبس لهما
بينة فوجب المصير الى التحالف كما فى المسئلة الاولى (الوكيل اذا خالف امر
الآمر ان كان خلافا الى خير فى الجنس بان وكله ببيع عبده بالف درهم فباعه
بالف ومائة ينفذ) ولو وكله بيعه كذلك فباعه (بمائة دينار لا) اى لا ينفذ
عليه (وان كان خيرا) كذا فى الخلاصة

(* فصل *)

الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من يرد شهادته له) كاصله وفرعه وزوج
وعرس وسيد لعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه لان مواضع التهم مستثناة
عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة هذا اذا لم يطلق
له الموكل واما اذا اطلق بان قال له بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم
بمثل القيمة ذكره الزيلعى وفى النهاية ان الوكيل بالبيع اذا باع منهم ان كان
باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل منها بغبن فاحش لا يجوز
بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عنده ويجوز عندهما وان كان بمثل
القيمة فعن ابى حنيفة روايتان (وصح بيع الوكيل بما قل او كثر والعرض
والنسيئة) لان التوكيل بالبيع مطلق فيجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة
وصح ايضا (اخذه) اى اخذ الوكيل (رهنا او كفيلا بالثمن فلا يضمن
ان ضاع) اى الرهن (فى يده او توى ما على الكفيل) لان الجواز الشرعى
ينافى الضمان (ويقيد شراؤه بمثل القيمة) وغبن يسير وهو ما يقوم به

مقوم) من اهل الخبرة حتى لا يجوز شراؤه بغبن فاحش بالاجماع قال فى النهاية
هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة فى تلك البلدة كالعبيد والدواب
ونحوهما فاما ماله قيمة معلومة فى البلدة كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل
بالشراء لا ينفذ على الموكل وان كانت الزيادة شيأ قليلا كالفلس ونحوه (وكله
ببيع عبد فباع نصفه صح) لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع (وفى الشراء
يتوقف على شراء الباقى) فان اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا لزم
الوكيل لان شراء البعض قد يقع وسيلة فينفذ على الآمر (اذا رد مبيع بعيب
على وكيله ببينة او نكوله) اى الوكيل (او اقراره فيما لا يحدث رده) اى الوكيل
(على الآمر و) باقراره (فيما يحدث لا) اى لا يرده على الآمر
بل يبقى عليه يعنى ان الوكيل يبيع شىء اذا باعه فرد عليه بالعيب
فان كان مما لا يحدث مثله كالاصبع الزيادة او لا يحدث مثله فى هذه المدة يرده
على الامر سواء كان الرد على الوكيل بالبينة او النكول او الاقرار فى عيب
لا يحدث مثله (الاصل فى الوكالة الخصوص) ولهذا لو قال جعلتك وكيلا
فى مالى يصير حافظا لماله فقط (وفى المضاربة العموم) ولهذا لو قال جعلتك
مضاربا كان مضاربا فى جميع الانواع (فان باع) اى الوكيل (نسيئا فقال
آمره امرتك بنقد وقال اطلقت صدق الآمر) بناء على كون التقييد اصلا
فى الوكالة (وفى المضاربة) يعنى اذا باع المضارب نسيئا فقال رب المال امرتك
بنقد وقال اطلقت (صدق المضارب) بناء على كون الاطلاق اصلا فيها
وسيأتى تحقيقه فى آخر كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى (لا يتصرف احد
الوكيلين وحده) لان الموكل رضى برأيهما لا برأى احدهما وان كان البدل مقدرا
لان تقديره لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة والنقصان وفى اختيار البايع والمشترى
ونحو ذلك وهذا فى تصرف لا مانع فيه عن الاجتماع ويحتاج فيه الى الرأى
ولم يكن توكيلهما بلفظ واحد ذكر الاول بقوله (الا فى خصومة) فان الاجتماع
فيها متعذر لافضائه الى الشغب فى مجلس القضاء وذكر الثانى بقوله (ورد
وديعة وقضاء دين وطلاق وعتق لم يعوضا) اذ لا يحتاج فى شىء منها الى
الرأى بل هو تعبير محض وعبارة الواحد والمثنى سواء بخلاف ما اذا قال
لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى مشيتهما
فيقتصر على المجلس او كان الطلاق والعتق بعوض لانه يحتاج حينئذ الى الرأى

وذكر الثالث بقوله (ولم يكن توكيلهما بكلام واحد) بل على التعاقب فحينئذ يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضى برأى كل منهما على الانفراد وقت توكيله فلايتغير ذلك بخلاف ما اذاوكلهما بكلام واحد اذلاينفرد به احدهما وان كان احدهما حرابالغاعاقلا والاخر عبدا اوصبيا محجورا عليه لانه رضى برأيهما وقت توكيله فلايتغير ذلك فان تصرف احدهمابحضرة صاحبه فان اجازصاحبه جازوالافلا وان كان غائبافاجاز لم يجز ذكره الزيلعى (الوكيل بقضاء الدين لايجبر عليه) لانه لم يضمن شيئا بل وعدان يبرع على الآمر بخلاف الكفيل لانه ضمين (لايوكل) اى الوكيل (الاباذن آمره او باعمل برأيك ونحوه) كاصنع ماشئت مثلا (فان وكل به) اى باذن الآمر (كان وكيل الآمر لاينعزل بعزل موكله اوموته وينعزلان بموت الاول وسيأتى تحقيقه فى ادب القاضى انشاء الله تعالى (وكل) اى الوكيل (بلااذنه) اى اذن الموكل (فعقد) اى وكيله (عنده) اى عندالموكل الثانى (او عقد (بغيبته) فبلغه (واجازه) اى عقده (اوكان الموكل الاول قدرالثمن صح) اما الاولان فلان المقصود وهو حضور رأيه قدحصل فى الصورتين واما الثالث فلان الاحتياج الى الرأى فيه لتقديرالثمن ظاهرا وقدحصل بخلاف ما اذاوكل وكيلين وقدرالثمن لانه لمافوض اليهمامع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهمافى الزيادة واختيار المشترى كامر (قال فوضت اليك امرامرأتى صار وكيلا بالطلاق وتقيد بالمجلس) فان طلق فى المجلس صح والا فلا (بخلاف قوله وكلتك) فى امرامرأتى حيث لايتقيد بالمجلس فان طلق بعده صح (من لايلى غيره لم يجز تصرفه فى حقه) لان صحة التصرف مبنية على الولاية فاذاانتفت الثانية انتفت الاولى (فاذاباع عبداومكاتب اوذمى مال صغيره الحر المسلم اوشرى) واحد منهم (به) اى بذلك المال (لم يجز) لانتفاء ولايتهم عليه (كذا تزويج صغيرة كذلك) اى حرة مسلمة حيث لم يجزلواحد منهم ذلك لانتفاء الولاية

) باب الوكالة بالخصومة والقبض (

اعلم ان الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عند الثلاثة خلافا لزفر بناء على ان القبض غير الخصومة وقد رضى بها دونه ولهم ان من ملك شيئاملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض وقالو الفتوى اليوم على قول زفر لفساد الزمان ولهذا قلت (الوكيل بها وبالتقاضى لايملك القبض

وبه

وبه يفتى) لظهور الخيانة فى الوكلاء وقديؤتمن على الخصومة من لايؤتمن على المال وكذا الوكيل بالتقاضى يملك القبض على اصل الرواية لانه فى معناه وضعا يقال اقتضيت حقى اى قبضته فانه مطاوع قضى لكن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على انه ايضا لايملكه (و) الوكيل بقبض الدين يملكها) اى الخصومة عندابى حنيفة حتى لواقام المدعى عليه البينة ان الداين استوفاه منه اوابرأه يقبل بينته (و) الوكيل بقبض (العين لا) اى لايملكها (فلو برهن ذواليدعلى الوكيل بقبض عبد ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب) صورته وكل وكيلا بقبض عبدله وغاب فاقام ذواليدالبينة انه اشتراه ممن وكله بالقبض لم يقبل بينته فى اثبات الشراء وتقبل فى دفع الخصومة فيتوقف حتى يحضر الموكل ويعيد البينة (كذالطلاق والعتاق) يعنى اذا قامت المرأة البينة على الطلاق والعبد اوالامة على العتاق على الوكيل بنقلهم من مكان الى مكان لا تقبل هذه البينة على اثبات العتق والطلاق وتقبل فى قصريد الوكيل حتى يحضر الغائب (الوكيل بها) اى الخصومة (اذاابى) اى امتنع عن الخصومة (لايجبرعليها) لانه لم يضمن شيئابل وعدان يتبرع (بخلاف الكفيل) حيث يجبر عليها لانه ضمين كامر (اذا وكل بخصوماته واخذ حقوقه من الناس على ان لايكون وكيلا فيما يدعى على الموكل جاز فلواثبت المال له ثم اراد الخصم الدفع لايسمع على الوكيل) كذا فى الصغرى (صح اقرارالوكيل بالخصومة) يعنى اذا ثبت وكالة الوكيل بالخصومة واقر على موكله سواء كان موكله المدعى فاقر باستيفاء الحق اوالمدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك (عندالقاضى) صح (دون غيره) اى ان كان اقراره عند غير القاضى فشهدبه شاهدان عندالقاضى لايصح (وان انعزل به) حتى لايدفع اليه المال ولوادعى بعد ذلك الوكالة واقام بينة لم تسمع لانه زعم انه مبطل فى دعواه (كذااذااستثنى الاقراروافرعنده) يعنى اذا استثنى الموكل الاقرار بان قال وكلتك غيرجائز الاقرار واقرالوكيل عند القاضى لايصح لصحة الاستثناء ولكن يخرج عن الوكالة فلايسمع خصومته (لا) اى لايصح (توكيل كفيل بمال بقبضه) صورته كفل عن رجل بمال فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يصح لان الوكيل من يعمل لغيره ولوصح هذا صار عاملا لنفسه فى ابراء ذمته فانعدم الركن (بخلاف الرسول ووكيل

الامام ببيع الغنائم و) الوكيل (بالتزويج) حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر ذكره الزيلعي (الوكيل بقبض الدين اذا كفل صح و بطل الوكالة) لان الكفالة اقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس (و) الوكيل (بالبيع اذا ضمن الثمن للبايع عن المشترى لم يجز) لانه يصير عاملا لنفسه كما مر (ولو ادى بحكم الضمان رجع) لبطلانه (و بدونه) اى بدون حكم الضمان (لا) اى لا يرجع لكونه تبرعا (مصدق التوكيل بقبض لو غريما امر بدفع دينه الى الوكيل) يعنى اذا ادعى رجل انه وكل فلان الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يدفعه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها حتى لو ادعى انه اوفى الدين الى الدائن لا يصدق اذ لزمه الدفع الى الوكيل باقراره ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه (فان حضر الغائب وصدقه تم) الامر (وان كذبه الغائب دفع) اى المصدق (اليه) اى الغائب (ثانيا) اذ لم يثبت الاستيفاء لانكاره الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فيفسد الاداء (ورجع به على الوكيل ان بقى فى يده) لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله ان ينقض قبضه (وان ضاع لا) اى لا يرجع لانه بتصديقه اعترف انه محق بالقبض وهو مظلوم فى هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره (الا اذا ضمنه) اى شرط على مدعى الوكالة الضمان (عند الدفع) اى دفع ما ادعاه (او لم يصدقه) اى فى دعواه التوكيل (ودفع) اليه (على رجاء الاجازة) اى اجازة الغائب فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه (او دفع) اليه (مكذبا له) فى دعواه التوكيل (ولو) لم يكن مصدق التوكيل غريما بل (مودعا لم يؤمر بالدفع) لانه اقرار بمال الغير بخلاف الدين فانه يقضى بمثله كما مر (كذا لو ادعى الشراء وصدقه) يعنى لو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بدفعها اليه لان اقراره على الغير غير مقبول (وامر به) اى بالدفع (لو قال) اى المدعى (تركها) اى الوديعة (المودع ميراثا لى فصدقه) اى المودع لان ملكه قد زال بموته واتفقا انه مال الوارث فيدفعه اليه (وكل) بصيغة المجهول اى جعل رجلا وكيلا (بقبض مال وادعى الغريم قبض دائنه دفع) اى الغريم (اليه) اى الى الوكيل يعنى يجبر على دفعه اليه لان وكالته ثبتت بقوله اخذه رب المال حيث لم ينكر الوكالة وادعى الايفاء وفى ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة و اذا كان اقرار تثبت الوكالة فى زعمه ولم يثبت الايفاء بمجرد

دعواه

دعواه فيؤمر بالدفع اليه (واستحلف) اى الغريم (دائنه على عدم القبض) لان قبضه يوجب براءة ذمته فاذا عجز عن اقامة البينة يستحلفه (لا الوكيل على عدم علمه بقبض الموكل) اذ لا تجرى النيابة فى اليمين (وكله بعيب) اى برد المبيع بسبب عيب (فادعى البايع رضى المشترى لم يرد) اى الوكيل (عليه) اى على البايع (حتى يحلف) اى البايع (المشترى) بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك فى العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا و باطنا عند ابى حنيفة فيصح القضاء ولا يستحلف المشترى بعده لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء وليس فى مسئلة الدين قضاء بل امر بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه امكن نزعه ودفعه الى الغريم بلا نقض القضاء (دفع رجل الى آخر عشرة ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة اخرى فهى بها استحسانا) والقياس ان يكون متبرعا لانه خالف امره فيرد العشرة على الموكل وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان الانفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء والوكيل بالشراء يملك العقد من مال نفسه ثم رجع به على الآمر (الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم) قال فى الصغرى الوكيل بقبض الدين اذا احضر خصما فاقر بالتوكيل فانكر الدين لا يثبت الوكالة حتى لو اراد الوكيل اقامة البينة على الدين لا تقبل واذا ادعى ان فلانا وكله بطلب كل حق له بالكوفة وبقبضه والخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة والموكل غائب ولم يحضر الوكيل احدا للموكل قبله حق فان القاضى لا يسمع من شهوده حتى يحضر خصما جاحدا ذلك او مقرا به فحينئذ يسمع ويقرر الوكالة فان احضر بعد ذلك غريما يدعى عليه حقا للموكل لم يحتج الى اعادة البينة ولو كان يدعى انه وكله بطلب كل حق له قبل انسان بعينه يشترط حضرة ذلك بعينه ولو اثبت ذلك بحضرة من ذلك المعين ثم جاء بخصم آخر يدعى عليه حقا يقيم البينة على الوكالة مرة اخرى

) باب عزل الوكيل (

ينعزل بعزل الموكل) لان الوكالة حقه فله ان يبطله (و) بعزل (نفسه) بان يقول عزلت نفسى (بشرط علم الآخر فيهما) اى فى الصورتين يعنى اذا عزل الموكل يشترط علم الوكيل به وان عزل نفسه يشترط علم الموكل به حتى اذا لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم (باخبار) متعلق بالعلم (عدل او اثنين ولو غير عدلين) اعلم ان الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان

اوعبدا عدلا كان اوفاسقا رجلا كان اوامرأة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما وعند ابى حنيفة لايثبت العزل الا بالعدد او العدالة (و) ينعزل ايضا (بموت الموكل) هكذا وقعت عبارة القدورى ووقعت فى الكافى والوقاية هكذا بموت احدهما ولما لم يكن لذكر الوكيل ههنا فائدة تركته (و) ينعزل ايضا (بجنون احدهما) من الوكيل والموكل جنونا (مطبقا) لان قليله بمنزلة الاغماء وهو شهر عند ابى يوسف وحول كامل عند محمد وهو الصحيح (والحكم بلحوقه) اى لحوق احدهما (بدار الحرب مرتدا) فان لحوقه لايثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع وما قبله فموقوفة عند ابى حنيفة وانما ينعزل بهذه الاشياء لان الوكالة عقد غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام الامر فى كل ساعة ما يشترط للابتداء (وذا) اى انعزال الوكيل فى الصور المذكورة (اذا لم يتعلق به) اى بالتوكيل (حق الغير) واما اذا تعلق به ذلك فلا ينعزل كما اذا شرطت الوكالة فى بيع الرهن كما مر او جعل امر امرأته فى يدها ثم جن الزوج (و) ينعزل ايضا (بتصرفه بنفسه) اى تصرف الموكل (بحيث يعجز الوكيل عن الامتثال به) كما اذا وكله باعتاق عبده او كتابته او تزويج امرأة او شراء شئ او طلاق او خلع او بيع عبده فاعتق او كاتب او زوج او اشترى او طلق ثلثا او واحدة ومضت عدتها او خالعها او باع بنفسه فانه لو فعل واحدا منها بنفسه عجز الوكيل عن ذلك الفعل فيبطل الوكالة ضرورة حتى ان الموكل اذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لامكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لزوال حاجته بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وابانها حيث يكون له ان يزوج الموكل لان الحاجة باقية (و تعود الوكالة اذا عاد اليه) اى الموكل (قديم ملكه) يعنى اذا وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل ثم رد عليه بعيب بقضاء كان للوكيل ان يبيعه وكذا لو وكل كل واحد من رجلين ببيعه فباعه احدهما فرد عليه بعيب فلكل واحد منهما ان يبيعه ثانيا كذا فى الصغرى (او بقى اثره) اى اثر ملكه كما اذا طلق امرأته واحدة وهى فى العدة فتصرف الوكيل غير متعذر بان يوقع الباقى (و) ينعزل ايضا (بافتراق الشريكين وان لم يعلم الشريك) وهذا يحتمل امرين احدهما ان يكون الافتراق بهلاك المالين او مال احدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التى فى ضمنها علما به او لا لانه عزل حكمى اذا لم يكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة وثانيهما ان احدهما

او

او كلاهما لو وكل من يتصرف فى المال جاز فلو افترقا انعزل هذا الوكيل فى حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن فى التوكيل وانما ذكرنا الوجهين اذ لو بقى الافتراق على ظاهره لم يصح قولهم وان لم يعلم الشريك اذ لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة المستلزمة للوكالة بلا علم صاحبه (و) ينعزل ايضا (بعجز موكله او) كان الموكل (مكاتبا وحجره لو كان مأذونا) لما مر ان بقاء الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غير لازمة فيشترط فى حالة البقاء قيام الامر كما فى الابتداء وقد بطل بالعجز فبطل الوكالة علم الوكيل او لا لان البطلان حكمى كما مر (اذا وكل) يعنى ما ذكر من انعزال وكيل المكاتب بعجزه ووكيل المأذون بحجره اذا وكل ذلك الوكيل (فى العقود والخصومات لا قضاء الدين او اقتضائه) لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقى حقه بقى وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته (لا ينعزل بعزل المولى وكيل عبده المأذون) لانه حجر خاص والاذن فى التجارة لا يكون الا عاما فكان العزل باطلا الا يرى ان المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن ذكره الزيلعى (قال وكلتك بكذا على انى متى عزلتك فانت وكيلى) فانه اذا عزله لم ينعزل بل كان وكيلا له وهذا يسمى وكيلا دوريا واذا اراد ان يعزله بحيث يخرج عن الوكالة (يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك) فانه اذا قال عزلتك كان معزولا نظرا الى ظاهر اللفظ ومنصوبا بوجود الشرط حيث قال متى عزلتك فانت وكيلى واذا قال ثم عزلتك ينعزل عن الوكالة الثانية بهذا اللفظ لان متى يفيد عموم الاوقات لا عموم الافعال (ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلى) لا يكون معزولا بل كلما عزل كان وكيلا لان كلما يفيد عموم افعال واذا اراد ان يعزله (يقول) فى عزله (رجعت عن الوكالة المعلقة) فاذا رجع عنها لا يبقى لها اثر فيما يقول بعدها (وعزلتك عن) الوكالة (المنجزة) الحاصلة من لفظ كلما فح ينعزل

(كتاب الكفالة)

(هى) لغة الضم مطلقا وشرعا (ضم ذمة الى ذمة فى مطالبة النفس او المال او التسليم) قال فى الهداية والكافى وغيرهما هى ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول اصح اقول لا صحة للثانى اصلا ليكون الاول اصح لخروج الكفالة بالنفس عنه مع انهم قسموها بعد التعريف

الى الكفالة بالنفس والمال ثم ان تقسيمهم الكفالة الى القسمين يشعر بانحصارها
فيهما مع انهم ذكروا فى اثناء المسائل مايدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة
بتسليم المال كما سيأتى و لهذا اخترت تعريفا صحيحا متناولا لجميع الاقسام
صريحا (وركنها الايجاب) اى ايجاب الكفيل بقوله كفلت عن فلان لفلان
بكذا (والقبول) اى قبول الطالب فهو المكفول له (وشرطها) مطلقا
(كون المكفول به) نفسا كان اومالا (مقدور التسليم من الكفيل) حتى لا تصح
الكفالة بالحدود والقصاص كما سيأتى (وفى الدين كونه صحيحا) حتى لا تجوز
الكفالة ببدل الكتابة كما سيأتى (وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) بما هو على
الاصيل نفسا كان اومالا (واهلها اهل التبرع) بان يكون حرا مكلفا فلا تصح
من العبد والصبى والمجنون لكن العبد يطالب بعد العتق كذا فى الخلاصة
(فالمدعى مكفول له) اذ فائدة الكفالة ترجع اليه (والمدعى عليه مكفول عنه)
ويسمى الاصيل ايضا (والنفس) فى الكفالة بالنفس (اوالمال) فى الكفالة بالمال
(مكفول به) فالمكفول عنه والمكفول به فى الكفالة بالنفس واحد (ومن لزم
عليه المطالبة كفيل فالكفالة امابالنفس وان تعددتا) اى الكفالة بالنفس
والنفس ايضا الاول ان يأخذ منه كفيلا ثم كفيلا والثانى ان تعدد النفوس
المكفول بها فانه جائز كما تجوز بالديون الكثيرة (او بالمال وما يتعلق به)
وهو التسليم (اما الاولى) اى الكفالة بالنفس (فتصح بكفلت بنفسه و بما يعبر به
عنها) اى عن النفس كالرأس والوجه والرقبة والعنق والجسد والبدن
ككفلت برأسه ووجهه الخ (وبجزء شايع) ككفلت بنصفه اوثلثه اوربعه
(و) تصح ايضا (بضمنته وبعلى) فان على للالزام فمعناه انا ملتزم تسليمه
(والى) فانه يستعمل فى معنى على (وانا به زعيم) فان الزعامة هى الكفالة
(اوقبيل) هو بمعنى الزعيم (لا بانا ضامن لمعرفته) لان موجب الكفالة التزام
التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم (واختلف فى انا ضامن لتعريفه اوعلى
تعريفه) كذا فى الخلاصة (فان عين وقت التسليم احضره فيه اذا طلب)
رعاية لما التزمه (كذا) اى احضره ايضا (اذا اطلق) بان قال انا كفيل
بنفسه اذا طلبته اسلمه اليك اوان طلبته ونحو ذلك (او عمم) بان قال انا كفيل به
كلما طلبته اومتى ما طلبته اسلمه اليك (وان لم يحضر حبسه الحاكم) لامتناعه
عن ايفاء حق لازم عليه لكن لا يحبسه اول ما دعى لعله لم يعلم لماذا دعى
(وان غاب) اى المكفول عنه (وعلم مكانه امهله) اى الحاكم الكفيل (مدة ذهابه

وايابه فان مضت ولم يحضر حبسه وان لم يعلم) اى مكانه (لم يطالب) اى الكفيل
(به) اى بالمكفول به لانه عاجز وقد صدقه الطالب فصار كالمديون اذا ثبت
اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف مكانه و قال الطالب تعرفه
ينظر فان كان له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت
فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع
لان الظاهر يشهد للطالب والا فالقول قول الكفيل لانه متمسك
بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة (وان شرط تسليمه فى مجلس
القاضى سلمه فيه ولم يجز فى غيره وبه يفتى) فى زماننا لتهاون الناس فى اقامة
الحق ذكره الزيلعى وغيره (كفل بالنفس الى شهر يطالب بها بعده)
يعنى لو قال كفلت لك بنفس فلان الى شهر فانه لا يطالبه بتسليم النفس فى هذا
الشهر ويطالبه به بعد مضى الشهر قال شمس الائمة الحلوانى هذا يدل
على خلاف ما يظنه العوام فانهم يقولون اذا قال الرجل بالفارسية لآخر من
فلان را پذيرفتم تا يك سال انه يطالبه بتسليم النفس فى السنة قبل مضى الاجل
ولا يطالبه بتسليمها بعد مضى الاجل قال وليس الامر كما يظنون بل الجواب
على العكس الا ان يزيدوا فى الكفالة فيقولوا هرگاه كه بخواهى بتو سپارمش
فح يطالبه فى السنة و بعدها كذا فى الخلاصة وفيه ايضا والحيلة فى سقوط
المطالبة ان يزيد الكفيل فى كفالته فيقول انا كفيل بنفس فلان الى كذا من
الاجل ثم لا كفالة لك به على بعد ذلك وانا برئ فاذا قال ذلك فانه لا يطالب
فى الحال ولا بعد مضى الاجل (برئ الكفيل بموته) اى بموت الكفيل لحصول
العجز الكلى عن تسليم المطلوب من الكفيل بعد موته وورثته لم يكفلوا له
بشئ وانما يخلفونه فيما له لا فيما عليه ولا تبقى الكفالة باعتبار تركته لامتناع
استيفاء النفس من المال بخلاف الكفالة بالمال (و) برئ الكفيل بالنفس ايضا
بموتها) اى النفس المطلوبة لامتناع التسليم (ولو) كان النفس المكفول بها
(عبد الكفيل) وانما قال هذا دفعا لتوهم ان العبد مال فاذا تعذر تسليمه لزم قيمته
فان هذا اذا كان على العبد مال مطالب وكفل بنفسه رجل واما اذا كان المطالب
رقبة العبد فسيأتى انه اذا مات واثبت الخصم دعواه ضمن الكفيل قيمته (لا) اى
لا يبرأ الكفيل (بموت الطالب) بل وارثه اووصيه يطالب الكفيل (و) برئ
الكفيل ايضا (بتسليم الكفيل اومأموره) وكيلا كان اورسولا (المطلوب او
تسليم (ذلك) اى المطلوب (نفسه الى الطالب) متعلق بقوله وبتسليم

(حيث يمكن مخاصمته) متعلق به ايضا يعنى اذا سلم الكفيل من كفل به الى الطالب فى موضع يمكن مخاصمته برئ وان لم يقل اذا سلمته اليك فانا برئ حتى لو سلمه فى برية اوسواد اوسجن حبسه فيه عين الطالب لم يبرأ (قائلا سلمته اليك عن) طرف (الكفيل) فى صورة تسليم المأمور (اوسلمت نفسى عنه) اى عن الكفيل فى الصورة تسليم المأمور نفسه قال قاضيخان المكفول بالنفس اذا سلم نفسه الى المكفول له وقال سلمت نفسى اليك عن الكفيل برئ الكفيل وان لم يقل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل وكذا لو امر الكفيل رجلا ان يسلم نفس المكفول به الى الطالب ان قال المأمور للطالب سلمت اليك نفسه عن الكفيل برئ الكفيل (وفى تسليم الاجنبى شرط معه) اى مع ماذكر من قوله عن الكفيل (قبول الطالب) قال قاضيخان لوان رجلا اجنبيا ليس بمأمور سلم المكفول به الى الطالب برئ الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لا يبرأ الكفيل (كفل بنفسه على انه ان لم يسلمه غدا فهو ضامن لما عليه) من المال (ولم يسلمه غدا صحت الكفالتان) اى بالنفس والمال يعنى رجل له على غيره مائة درهم فكفل آخر بنفسه على الوجه المذكور صحت الكفالتان وان لم يواف به غدا فعليه المائة لانه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة وهذا التعليق صحيح لتعامل الناس اياه وان كان القياس يأباه وبالتعامل يترك القياس فى البيع كما لو اشترى نعلا على ان يحذوه البايع مع ان بابه اضيق من الكفالة فلان يترك هنا وبابه اوسع لانها من التبرعات اولى واذا لم يواف به حتى لزمه المال لا يبرأ من الكفالة بالنفس اذ لاتنافى من الكفالتين (فان مات المطلوب ضمن الكفيل المال) بحكم الكفالة (او) مات (الكفيل فوارثه) اى ضمن وارثه (او) مات (الطالب فكذا) اى طلب وارثه (ادعى على رجل مائة دينار لم يبينها بانها) جيدة اوردية اواشرفية اوافرنجية ليصح الدعوى (فكفل بنفسه آخر على انه ان لم يسلمه غدا فعليه المائة صحتا) اى الكفالتان عندهما وقال محمد لم تصحا اذا لم تصح الدعوى بلا بيان فلم يجب احضار النفس لعدم صحة الكفالة بها فلم تصح الكفالة بالمال لابتنائها عليها ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق باصل الدعوى فظهر صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية (والقول له) اى الكفيل (فى البيان) اذا اختلفا فى وجوده وعدمه لانه يدعى الصحة (لا جبر على اعطاء كفيل فى حد وقود) مطلقا وعند محمد وابى يوسف يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد وفى القود لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة

لله تعالى وله ان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق (ولو اعطى جاز) لامكان ترتيب موجبه عليه وهو المطالبة بالنفس (ولا حبس فيهما) اى فى حد وقود (حتى يشهد مستوران اوعدل) لان الحبس ههنا للتهمة وهى تثبت باحدى شطرى الشهادة اما العدد اوالعدالة بخلاف الحبس فى الاموال لانه غاية عقوبة فيها فلا يثبت الا بحجة كاملة (واما الثانية) اى الكفالة بالمال (فتصح ولو جهل المكفول به اذا صح دينا) الدين الصحيح دين صحيح لا يسقط الا بالاداء اوالابراء احترز به عن بدل الكتابة وسيأتى (بكفلت عنه بالف وبمالك عليه وبما يدركك فى هذا البيع) وهذا يسمى ضمان الدرك وهو ضمان الاستحقاق اى يضمن المشترى اذا استحق المبيع (وبما بايعت فلانا) اى بما بايعت منه فانى ضامن لثمنه لا ما اشتريته منه فانى ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز كما سيأتى وقد مر تمام تحقيقه فى كتاب الرهن (اوماذابه) اى وجب (لك عليه) وما فى هذه الصورة شرطية معناه ان بايعت فلانا فيكون فى معنى التعليق (اوعلقت) عطف على صح دينا (بشرط) يعنى صريح الشرط والا ففى الامثلة لسابقة معنى الشرط (ملايم) اى مناسب للكفالة بان يكون شرطا لوجوب الحق (نحو ان استحق المبيع او) لامكان الاستيفاء (نحو ان قدم زيد وهو مكفول عنه او) لتعذر الاستيفاء نحو (ان غاب زيد) المكفول عنه (عن المصر) فان كلا منها مناسب للكفالة كالشروط المفهومة من الامثلة المذكورة فانها اسباب لوجوب المال فتناسب ضم الذمة الى الذمة (لا) اى لا تصح الكفالة ان علقت (بنحو) اى بشرط غير ملايم نحو (ان هبت الريح اوجاء المطر) قال فى الهداية لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح اوجاء المطر الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وتبعه صاحب الكافى وقال الزيلعى هذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملايم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملايم ذكره قاضيخان وغيره اقول قوله سهو وخطأ لان المذكور فى العمادية والاستروشنية ان الكفالة مما لا تبطل بالشروط الفاسدة فالظاهر ان فيه روايتين يؤيده ان صدر الشهيد ينقل مسئلة هى ان العبد المأذون اذا لحقه دين وخاف صاحب المال ان يعتقه المولى فقال رجل لصاحب المال ان اعتقه

المولى فانا ضامن لديتك عليه صحت الكفالة ثم يقول هذه المسئلة دليل على ان تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جائز (و) لاتصح ايضا (بجهالة المكفول عنه و) بجهالة المكفول (له) الاول (نحو ما ذاب لك على الناس او احد منهم فعلى و) الثانى (نحو ما ذاب للناس او احد منهم عليك فعلى) كذا فى العمادية (و) لا (بنفس حد وقصاص) لما مر ان شرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وهذان ليسا كذلك وانما قال بنفس حد وقصاص احترازا عن الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص فانها تجوز كما مر (و) لا (بحمل دابة معينة مستأجرة له وخدمة عبد معين مستأجر لها) للعجز عن التسليم لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لايستحق الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه الا يرى ان الموجر لو حمله على دابة اخرى لايستحق الاجر فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان الواجب على الموجر الحمل مطلقا والكفيل يقدر عليه بان يحمله على دابة نفسه (و) لا (بالثمن للموكل ورب المال) اى اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشترى للآمر او باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لايصح لان حق القبض للوكيل والمضارب ولهذا لايبطل بموت الموكل حتى لو مات كان له ان يقبض الثمن وكذا لو نهاه الموكل عن قبض الثمن حال حياته لايعمل نهيه فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وانه لايجوز (وللشريك اذا بيع عبد صفقة) يعنى باع رجلان عبدا لرجل صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لان الصفقة اذا اتحدت فالثمن يجب لهما مشتركا بينهما فلو صح ضمان احدهما لصاحبه بنصيبه شايعا صار ضامنا لنفسه وهو باطل ولو صح فى نصيب صاحبه خاصة يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض وهو باطل لان القسمة تقتضى ان تكون حق كل منهما مفرزا فى حيز على حدة وهو لايتصور فى الدين وان باعا العبد صفقتين فان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة فضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن صح لان الصفقة اذا تعددت فما يجب لكل منهما بعقده يكون له خاصة (و) لا (بالعهدة لانها اسم مشترك يقع على الصك القديم والعقد وحقوق العقد والدرك وخيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان ولذلك بطل الضمان (و) لا (بالخلاص) عند ابى حنيفة لان معناه عنده تخليص المبيع عن المستحق وتسليمه الى المشترى

وهو غير مقدور له وصح عندهما لان معناه عندهما ضمان الثمن ان عجز عن تسليم العين بورود الاستحقاق فيكون كالدرك (و) لا (ببدل الكتابة) لانه فى معرض الزوال بالعجز فلا يكون دينا صحيحا (و) لا (عن ميت مفلس) يعنى اذا مات من عليه دين ولم يترك شيئا وكفل عنه للغرماء رجل لم تصح عند ابى ح لانه كفل بدين ساقط عن ذمة الاصيل لان الدين عبارة عن اشتغال الذمة بدين يجب اداؤه لكنه فى الحكم مال لانه يؤل اليه فى المآل وقد عجز بنفسه و بخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فسقط ضرورة (و) لا (بلا قبول الطالب فى المجلس) اى مجلس عقد الكفالة (الا) فى مسئلة واحدة هى (ان يكفل وارث المريض عنه بغيبة الغرماء) بان يقول المريض لورثته او بعضهم تكفلوا عنى بما على من الدين لغرمائى فضمنوا به مع غيبتهم فانه جائز استحسانا وان كان القياس ان لاتجوز لان الطالب غائب ولايتم الضمان الا بقبوله وجه الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين وغرمائه لان الجهالة لاتمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لاتصح الا اذا ترك مالا (وصحت) اى الكفالة بلا قبول الطالب (عند ابى يوسف) مطلقا فى رواية وفى رواية اخرى اذا بلغه الخبر واجاز (وبه يفتى) كذا فى تلخيص الجامع الكبير وفى الفتاوى البزازية (واجمعوا انه) اى الكفيل (اذا قال بطريق الاخبار) بان يقول انا كفيل بمال فلان على فلان (جاز) كذا فى الخلاصة (و) لا (بالامانات) كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة (و) لا (بالمبيع) قبل القبض (والمرهون) بعد القبض لان من شرط صحة الكفالة ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لايمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله ليتحقق معنى الضم فيجب على الكفيل والامانات ليست بمضمونة والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه بل بالثمن كما مر وكذا الرهن ليس بمضمون بنفسه بل يسقط الدين اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل فى هذه الصور لعدم وجوبه على الاصيل (وتجوز) اى الكفالة (بتسليمها) اى تسليم الامانات والمبيع والمرهون فان كانت قائمة وجب تسليمها وان هلكت لم يجب على الكفيل شئ كالكفيل بالنفس (وقيل ان وجب) اى تسليمها (على الاصيل) كالعارية والاجارة (جازت) اى الكفالة (به) اى بتسليمها (والا) اى وان لم يجب تسليمها عليه كالوديعة (فلا) اى لاتجوز الكفالة بتسليمها (وتصح) اى الكفالة (بالثمن) لانه دين صحيح مضمون على المشترى (والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع بيعا فاسدا) فانها مضمونة

حتى اذا هلكت عنده يجب الضمان عليه فامكن ايجابه على الكفيل (و) تصح (بالخراج) لانه دين مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون بخلاف الزكوة فى الاموال الظاهرة والباطنة لان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لاتوءخذ من تركته بعدموته الابوصية (والنوائب قيل هى مايكون بحق كاجرة الحارس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وقيل هى ماليس بحق كالجبايات التى فى زماننا يأخذ الظلمة بغير حق فان اريد الاول جاز الكفالة بها اتفاقا لانه واجب مضمون وان اريد الثانى ففيه اختلاف المشايخ (والقسمة) هى النوائب الا ان القسمة مايكون راتبا والنوائب ليست كذلك وانما يوظفها الامام عند الحاجة اذا لم يكن فى بيت المال شئ وقيل هى ان يمتنع احد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فضمنه شخص لانها واجبة (والدرك) وقد مر بيانه (والشجة) وهى الجراحة والكفالة بها ان يقول كفلت بموجبها وهو الارش وقطع الاطراف اذا لم يكن موجبه القصاص) بل الدية اذ الواجب حينئذ مال واجب الاداء (قال ادفعه اليك او اقضيه لايكون كفالة الا ان يذكر مايدل على الالتزام اوعلق) قال فى الخلاصة وفى فتاوى النسفى لوقال لصاحب الدين الدين الذى لك على فلان انا ادفعه اليك او اقضيه لايكون كفالة مالم يتكلم بمايدل على الالتزام بان يقول كفلت او ضمنت او على اوالى اما لو قال تعليقا يكون كفالة نحو ان قال ان لم يؤد فلان فانا اؤدى تصح (للطالب مطالبة الاصيل مع الكفيل) لان مفهوم الكفالة وهو ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة يقتضى قيام الذمة الاولى لا البراءة عنها (الا اذا شرط البراءة فتكون) اى الكفالة حينئذ (حوالة) اعتبارا للمعنى (كما ان الحوالة بشرط عدم البراءة) اى براءة المحيل (كفالة و) له ايضا (مطالبة احدهما ولو بعد مطالبة الآخر) لان مقتضاها الضم لا التمليك بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين حيث يتضمن التمليك منه اذا قضى القاضى به فلا يمكنه التمليك من الثانى (كفل بمالك عليه) اى قال كفلت بمالك عليه (فان برهن) اى الطالب (على الف لزمه) اى الالف الكفيل لان الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان (والا) اى وان لم يبرهن (صدق الكفيل فيما يقر به مع يمينه) لانه منكر للزيادة (لا الاصيل فى الزائد عليه فى حق الكفيل) يعنى ان اعترف الاصيل بالزائد على ما اقر به

الكفيل

الكفيل لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه بل يصدق فى حق نفسه (كفل بامره) يعنى تجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبلا امره لاطلاق قوله صلى الله تعالى عليه وسلم * الزعيم غارم فاذا كفل بامره وادى (رجع عليه) اى المكفول عنه (بما ادى اذا ادى ماضمنه) لانه قضى دينه بامره فيرجع عليه واذا ادى خلافه رجع بما ضمن لا بما ادى حتى لو كفل بالجياد وادى الزيوف وتجوز من له الدراهم رجع على المكفول عنه بالجياد ولو كفل بالزيوف وادى الجياد رجع عليه بالزيوف لان رجوع الكفيل بحكم الكفالة فانما يرجع بما يدخل تحت الكفالة بخلاف المأمور باداء الدين فانه يرجع بما ادى اذ لا يجب عليه شئ حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا فيرجع بما ادى (ولا يطالبه) اى الكفيل المكفول عنه بالمال (قبل الاداء) الى المكفول له لانه لا يملك ما فى ذمة المكفول عنه ويملكه بعده فيرجع (وبدونه) اى بدون امره (لم يرجع) بما ادى لانه متبرع فيه (وان) وصلية (اجاز) اى المكفول عنه (بعد العلم) لان كل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لاتنقلب موجبة ابدا كذا فى العناية (قال اضمن الفا لفلان على) فضمن (فادى لم يرجع عليه الا اذا قال عنى) كما مر فى الكفالة بالنفس (فان لوزم) اى لازم الطالب الكفيل لطلب المال (لازمه) اى الكفيل المكفول عنه (وان حبس) اى صار الكفيل محبوسا (حبس هو) المكفول عنه اذ لم يلحقه ما لحقه الا من جهته فيجازى بمثله (ابرأ الطالب الاصيل ان قبل) اى الاصيل الابراء (برئا) اى الاصيل والكفيل معا (اواخره) اى الطالب الطلب (عنه) اى الاصيل (تأخر عنهما) لانه الاصيل والكفيل تابع (بلا عكس فيهما) لاستلزامه تبعية الاصل للفرع (ولو ابراء) اى الطالب (الكفيل) فقط (برئ وان يقبل) اذ لا دين عليه ليحتاج الى القبول بل عليه المطالبة وهى تسقط بالابراء (ولو وهب الدين له) اى للكفيل ان كان غنيا (او تصدق عليه) ان كان فقيرا (يشترط القبول) كما هو حكم الهبة والصدقة وهبة الدين لغير من عليه الدين تصح اذا سلط عليه والكفيل مسلط على الدين فى الجملة كذا فى الكافى (وبعده له الرجوع على الاصيل) كذا فى التاتارخانية (صالح احدهما) من الاصيل والكفيل (الطالب عن الف على خمسمائة برئا) اى الاصيل والكفيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل وان اداها الكفيل (رجع على الاصيل بها) اى بخمسمائة اداها (ان كفل بامره) اذ بالاداء يملك

مافى ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع (ولو) صالح (على جنس آخر رجع بالف) لانه مبادلة فملك مافى ذمة الاصيل فرجع بكله عليه (صالح) اى الكفيل (عن موجب الكفالة لم يبرأ الاصيل) لان موجبها المطالبة وابراء الكفيل عنها لايوجب ابراء الاصيل (قال الطالب للكفيل برئت الى من المال رجع على الاصيل) لانه اقرار بقبض المال من الكفيل لانه اسند البراءة الى الكفيل وغياها الى نفسه بقوله الى والبراءة التى ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لاتكون الابالايفاء فكان هذا اقرارا بالقبض منه فيرجع ان كانت الكفالة بامره (وفى ابرأتك لا) اى لايرجع لانه ابراء لااقرار منه بالقبض من الكفيل (واختلف فى برئت) يعنى اذا قال الطالب للكفيل برئت ولم يقل الى فهو ابراء عند محمد وعند ابى يوسف اقرار بالقبض هذا كله اذا غاب الطالب (وان كان حاضرا يرجع اليه فى البيان) لصدور الاجمال عنه (لايصح تعليق البراءة عنها) اى عن الكفالة (بالشرط) مثل اذا جاء غد فانت برئ منها لان فى الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر واما على قول من يقول بثبوت المطالبة فقط فلان فيها تمليك المطالبة وهى كالدين لانها وسيلة اليه والتمليك لايقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة لاالدين فى الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق وقيل اذا كان الشرط ممالامنفعة فيه للطالب اصلا نحو اذا جاء غد لايجوز واذا كان ملائما متعارفا فيه نفع للطالب يجوز كما اذا كفل بالمال والنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا برئ من المال فقبل الطالب فوافاه الكفيل فى الغد فهو برئ من المال كذا فى العناية (مات الكفيل قبل الاجل حل) اى الدين (عليه فان ادى وارثه لم يرجع قبل حلوله) لان الكفيل التزم الدين مؤجلا فلو رجعوا بالمعجل وهو اكثر من المؤجل فى المالية يكون ربوا (وان مات المطلوب قبل الاجل حل عليه الاجل فقط وان ماتا) اى الكفيل والمكفول عنه (فالطالب يأخذه من اى التركتين شاء) لان دينه ثابت على كل واحد منهما كما فى حال الحيوة (لايسترد اصيل ماادى الى كفيله) ليدفعه الى طالبه (وان لم يعطه طالبه) اذ تعلق به حق على احتمال قضائه الدين فلايجوز الاسترداد مابقى هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعى (وان ربح) اى الكفيل (به) اى بالمال الذى قبضه الكفيل من المطلوب قبل ان يعطيه الطالب (طاب له) اى للكفيل لانه ملكه بالقبض وكان الربح بدل ملكه

وندب

(وندب رده) اى الربح (على قاضيه) وهو الاصيل (فيما يتعين) بالتعيين كالحنطة والشعير وهذا اذا قضى الاصيل الدين وهو قول ابى حنيفة وعنه انه يتصدق به وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه (امر كفيله ببيع العينة ففعل فالمبيع للكفيل والربح) الذى حصل للبايع يكون (عليه) اى الكفيل لاالآمر بيانه ان الاصيل امر الكفيل ببيع العينة وهو ان يقول له اشتر من الناس نوعا من الاقمشة ثم بعه فما ربحه البايع منك وخسرته انت فعلى وهو يأتى الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربوا فيبيعه التاجر ثوبا يساوى عشرة مثلا بخمسة عشر نسئة فيبيعه هو فى السوق بعشرة فيحصل له العشرة فيجب عليه للبايع خمسة عشر الى اجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التى اقرضه على انها ثمن الثوب فبقى عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح الذى ربحه التاجر يلزمه ولايلزم الآمر شئ لانه اما ضامن لما يخسره كما قاله بعضهم نظرا الى قوله على فانها للوجوب فلايجوز كما اذا قال لرجل بايع فى السوق فما خسرت فعلى واما توكيل بالشراء كما قال بعضهم نظرا الى الآمر به فلايجوز ايضا لجهالة نوع الثوب وثمنه ويسمى هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة اى نسئة ذكره الزيلعى (كفل بماذاب له اوقضى له عليه او بمالزمه له) اى كفل رجل عن رجل لرجل بماذاب له عليه (فغاب الاصيل فبرهن المدعى على الكفيل ان له على الاصيل كذا رد) اى لم يقبل برهانه على الكفيل حتى يحضر الغائب فيقضى عليه لان شرط وجوب المال على الكفيل القضاء بالمال على الاصيل وهو لم يوجد لكونه غائبا (برهن ان له على زيد) الغائب (كذا وهذا كفيله قضى على الكفيل) لان المدعى ههنا مال مطلق فامكن اثباته بخلاف ماتقدم فانه مقيد بكون المال مقضيا به على الاصيل (ولو زاد بامره قضى عليهما) لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء فالقضاء باحدهما لايكون قضاء بالآخر فاذا قضى بها بالامر ثبت وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لايمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين فى زعم الكفيل فلايتعدى عنه وفى الكفالة بالامر يرجع الكفيل بما ادى على الآمر (كفالته بالدرك تسليم) للمبيع واقرار منه بان لاحق له فى المبيع حتى لايجوز بعدها دعوى ملكيته (ككتب شهادته فى صك كتب فيه

باع ملكه) او باع (بيعا نافذا باتا) فانه ايضا تسليم للمبيع واقرار منه بان لاحق له فى المبيع (لاكتب شهادته فى صك بيع مطلق) عن قيد الملكية وكونه نافذا باتا (فانه لايكون تسليما) بل يسمع بعده دعوى الملكية اذ لبس فيه مايدل على اقراره بالملك للبايع لان البيع قد يصدر عن غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة بخلاف ماتقدم فانه مقيد بماذكر (ككتب شهادته على اقرار العاقدين) فانه ايضا لايكون تسليما اذ لايتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبر بان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه (قال ضمنته لك الى شهر وقال الطالب حال فالقول للضامن) يعنى اذا قال الكفيل للطالب ضمنت لك عن فلان الفا الى شهر فلا تطالبنى الآن وقال الطالب هو حال فالقول للكفيل (وعكس فى لك على مائة الى شهر اذا قال الآخر حالة) والفرق ان الكفيل لم يقر بالدين اذ لادين عليه فى الصحيح كما مر مرارا بل اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر والطالب مدعى عليه المطالبة فى الحال وهو ينكر فالقول له والمقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى شهر فلا يقبل قوله بلا بينة (لايؤخذ ضامن الدرك اذا استحق المبيع قبل القضاء على البايع بالثمن) لان البيع لاينتقض بمجرد الاستحقاق مالم يقض بالثمن على البايع فلايجب رد الثمن على الاصيل فلايجب على الكفيل (قال لاخر اسلك هذا الطريق فانه امن فسلك واخذوا ماله لم يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ مالك فانا ضامن) وباقى المسئلة بحالها (ضمن) وصار الاصل ان المغرور انما يرجع على الغار اذا حصل الغرور فى ضمن المعاوضة او ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا حتى لو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعل الحنطة فى الدلو فجعلها فى الدلو فذهب من نقبه ما كان فيه الى الماء والطحان كان عالما به يضمن لانه صار غارا فى ضمن العقد بخلاف المسئلة الاولى لان ثمه ماضمن السلامة بحكم العقد وههنا العقد يقتضى السلامة كذا فى العمادية

) فصل (

(لهما دين على آخر فكفل احدهما لصاحبه بنصيبه لم يجز) يعنى اذا كفل احد الشريكين لصاحبه بنصيبه من الدين لم يجز لانه لو انصرف الى نصيبه يكون قسمة الدين وهو باطل ولو انصرف الى الشايع يكون ضامنا لنفسه فلو قضى بحكم الضمان له ان يسترد للاداء بعقد فاسد كما مر ولو ادى متبرعا جاز لان التبرع لايتم الا بالقبض وبه يصير عينا وتميز

نصيب شريكه بصيرورته عينا بفعله كذا فى الوجيز شرح الجامع الكبير (وعليهما دين لآخر) بان اشتريا عبدا بالف (وكفل كل عن الآخر جاز) لعدم المانع (ولم يرجع على شريكه الا بما ادى زائدا على النصف) لان كلا منهما اصيل فى النصف وكفيل فى النصف فما يؤديه ينصرف الى ماعليه اصالة اذ لامعارضة بين ماعليه اصالة وبين ماعليه كفالة لان الاول دين ومطالبة والثانى مطالبة فقط واما الزائد فينصرف الى ماعليه كفالة ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه كان لصاحبه ان يرجع عليه بان يجعل المؤدى عنه لان المؤدى نائبه واداء نائبه كادائه فيؤدى الى الدور (كفلا بشئ عن رجل بالتعاقب وكفل كل به) اى بذلك الشئ (عن الاخر بامره) يعنى اذا كان على رجل الف درهم مثلا فكفل عنه رجلان كل منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل منهما عن صاحبه بما لزمه بالكفالة اذ الكفالة بالكفيل جائزة (فما ادى احدهما رجع بنصفه على شريكه) ثم يرجعان على الاصيل (او) رجع هو (بالكل على الاصيل) لان ما عليهما مستويان بلا ترجيح اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شايعا فيرجع بنصفه على شريكه اذ لايؤدى الى الدور وهذا اذا كفل كل منهما عن صاحبه بالجميع (واما اذا كفل كل) منهما (بالنصف ثم) كفل (كل عن صاحبه فهى كما قبلها) اى كالمسئلة الاولى (فى الصحيح) حتى لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم يزد على النصف (كذا لو كفلا) عن الاصيل بالجميع معا ثم كفل كل عن صاحبه) لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلايكون كفيلا عن الاصيل بالجميع (او كفل كل به) اى بالجميع (متعاقبا ثم كل عن صاحبه بالنصف) لما ذكر (وان ابرأ الطالب احدهما اخذ الآخر بكله) لان ابراء الكفيل لايوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه (افترق المتفاوضان) اى الشريكان شركة مفاوضة (اخذ الغريم ايا شاء بكل الدين) لان كلا منهما كفيل عن الآخر كما سيأتى فى كتاب الشركة (ولا يرجع حتى يؤدى اكثر من النصف) لما ذكر فى كفالة الرجلين (كاتب عبديه بعقد) بان قال كاتبتكما بالف الى سنة مثلا (وكفل كل عن صاحبه جاز) استحسانا والقياس ان لا تجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع اولى فصار كما اذا تعاقبت كتابتهما فانه باطل ولهذا

قال بعقد وجه الاستحسان ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن ههنا بان يجعل كل المال على كل منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الآخر معلقا بادائه لان معنى قوله كاتبتكما بالف ان اديتما الف درهم فانتما حران فكانه قال لكل منهما ان اديت الالف فانت حر فيكون عتق كل واحد منهما معلقا باداء الالف ولا يحصل عتقه باداء نصفه اذ الشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزاء فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الآخر تبعا له كما فى ولد المكاتب (فادى احدهما رجع) على الآخر (بنصفه) لاستوائهما ولو رجع بالكل اولم يرجع بشئ انتفى المساواة (وان اعتق احدهما) قبل ان يؤديا شيئا (جاز) لمصادفته ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه لم يرض بالمال ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبق النصف على الآخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل كل منهما لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى غير موضعها واذا اعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف (و) اذا اعتق المولى احدهما اخذ ايا شاء بحصة من لم يعتقه) اما اخذ المعتق فبالكفالة واما اخذ صاحبه فبالاصالة اعترض بان اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهو باطل واجيب بان كلا منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقى بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وصف الثبوت (فان اخذ المعتق رجع على صاحبه بما ادى) لانه اداه عنه بامره (وان اخذ الآخر لا) اى لا يرجع عليه لانه اداه عن نفسه (مال لا يجب على عبد حتى يعتق) وهو دين لم يظهر فى حق المولى كما اذا لزمه باقراره او استقراضه او وطئه بشبهة او استهلاكه وديعة فانها لا تظهر فى حق المولى بل يؤخذ بها العبد بعد عتقه (حال على من كفل به) كفالة (مطلقة) عن قيد الحلول والتأجيل لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة لكنه لا يطالب لان ما فى يده لمولاه ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بالدين المؤجل (وان ادى رجع عليه بعد عتقه لو كفل بامره) لان الكفيل بالاداء ملك الدين وقام مقام الطالب فلا يطالبه

قبل الحرية (ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل) لبراءة الاصيل بموته كما اذا كان المكفول بنفسه حرا (مات عبد مكفول برقبته فبرهن انه لمدعيه ضمن الكفيل قيمته) يعنى ادعى رجل رقبة عبد فكفل به آخر فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته اذا كان على المولى رده على وجه يخلفه قيمته وقد التزم الكفيل ذلك وبعد موته يبقى القيمة على الاصيل فكذا الكفيل (كفل عبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او عكس) اى كفل مولى عبد عنه واداه بعد عتقه (لم يرجع واحد منهما (على الآخر) معنى الاول ان لا يكون على العبد دين لان امره بتكفيله يصح اذا لم يكن عليه دين مستغرق وان كان فلا يصح لتضمنه ابطال حق الغرماء واما كفالة المولى عن عبده فتصح مطلقا وانما لم يرجعا لان الكفالة وقعت غير موجبة للرجوع لان احدهما لا يستحق على الآخر دينا فلا تنقلب موجبة بعده كما اذا كفل رجل عن رجل بغير امره فاجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع كما مر فكذا هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين عن سائر امواله وفائدة العكس تعلقه برقبة العبد

*) كتاب الحوالة (*

(هى) لغة اسم بمعنى الاحالة وهى النقل مطلقا وشرعا (نقل الدين من ذمة الى ذمة) اى من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه وانما خصت بالدين لانها نقل شرعى والدين وصف شرعى يظهر اثره فى المطالبة فالنقل الشرعى جاز ان يؤثر فى الوصف الشرعى كما ان البيع الشرعى جاز ان يؤثر فى نقل الملك الذى هو وصف شرعى ويتبعه نقل العين الذى هو المبيع (المديون محيل والدائن محتال ومحتال له ومحال ومحال له) يعنى يطلق عليه هذه الالفاظ الاربعة فى الاصطلاح (ومن يقبلها) اى الحوالة (محتال عليه ومحال عليه) يعنى يطلق عليه ايضا هذان اللفظان (والمال محال به وشرط لصحة الحوالة (رضاء الكل) اما رضاء الاول فلان ذوى المروات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاه واما رضاء الثانى وهو المحتال فلان فيها انتقال حقه الى ذمة اخرى والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما رضاء الثالث وهو المحتال عليه فلانها الزام الدين ولا لزوم بلا التزام (بلا خلاف الا فى الاول) حيث قال فى الزيادات الحوالة تصح بلا رضاء المحيل لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل لا يتضرر

بل فيه نفعه لان المحال عليه لايرجع اذا لم يكن بامره (و) شرط (حضور الثانى) يعنى لاتصح الحوالة فى غيبة المحتال له (الا ان يقبل) اى الحوالة (فضولى له) اى لاجل الغائب كذا فى الخانية (لاحضور الباقين) اما عدم اشتراط حضور الاول وهو المحيل فبان يقول رجل للدائن لك على فلان ابن فلان الف درهم فاحتل بها على فرضى الدائن فان الحوالة تصح حتى لايكون له ان يرجع واما عدم اشتراط حضور الثالث وهو المحتال عليه فبان يحيل الدائن على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة كذا فى الخانية (واذا تمت) اى الحوالة (برئ المحيل) عن الدين بقبول المحتال والمحتال عليه لان معنى الحوالة النقل كما مر وهو يقتضى فراغ ذمة الاصيل لان من المحال بقاء الشئ الواحد فى محلين فى زمان واحد (ولا يرجع عليه المحتال الا بالتوى) لانها مقيدة بسلامة حقه له لانه المقصود فيرجع عند عدم السلامة وبين التوى بقوله (بموت المحال عليه مفلسا او حلفه) حال كونه (منكرا حوالة ولا بينة عليها) لان العجز عن الوصول الى حقه يتحقق بكل منهما وهو التوى حقيقة وعندهما هذان وثالث وهو ان يحكم القاضى بافلاسه فى حيوته (تصح) اى الحوالة (بالدراهم المودعة) يعنى اذا اودع رجلا الف درهم واحال به عليه اخر صح لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز (و) تصح ايضا بالدراهم (المغصوبة) اى الدراهم التى غصبها المحتال عليه من المحيل (وبالدين) الكائن للمحيل على المحتال عليه (وتبطل) اى الحوالة (بهلاك الاولى) اى الوديعة لتقيد الكفالة بها لان ما التزم الاداء الا منها (او استحقاقها) لانه كهلاكها (ويبرأ المودع) ويعود الدين على المحيل (و) تبطل ايضا (باستحقاق الثانية) اى الدراهم المغصوبة لعدم ما يخلفها (ويبرأ الغاصب) ويعود الدين (لا بهلاكها) اى لاتبطل الحوالة بهلاك الثانية (اذا كان فيه) اى فى هلاكه (وفاء) اى ما يفى بمال الحوالة ويكون الضمان قائما مقام المغصوبة (وفيها) اى فى هذه الصور المذكورة (لا يطالب المحيل المحتال عليه) بالعين او الدين اللذين قيدت الحوالة بهما لتعلق حق المحتال له بهما (ولا يقدر المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل) يعنى كما لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لا يملك المحتال عليه ايضا ان يدفعها الى المحيل حتى لو دفع صار ضامنا للمحتال له لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال له (مع ان المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته) يعنى ان هذه الاموال اذا تعلق بها حق المحتال

كان ينبغى ان لا يكون المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته كما فى الرهن مع انه اسوة لهم لان العين الذى بيد المحال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه (بخلاف) الحوالة (المطلقة) اعلم ان الحوالة اما مطلقة او مقيدة اما المطلقة فهى ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له فى يده او يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا فى يده عين له واما المقيدة فهى ان يكون للمحيل مال عند المحتال عليه من وديعة او غصب او عليه دين فقال احلت الطالب عليك بالالف الذى له على على ان تؤديها من المال الذى لى عليك وقبل المحتال عليه فلما بين حكم المقيدة اراد ان يبين حكم المطلقة بانه مخالف له حيث يطالبه فيها المحيل المحتال عليه) بالعين او الدين (ويقدر المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل) اذ لا تعلق لحق المحال بما عنده او عليه بل حقه فى ذمة المحتال عليه وفى ذمته سعة (لا تبطل بأخذ ما عنده) من العين كالمغصوب والوديعة (او عليه) من الدين سواء كانت الحوالة مطلقة او مقيدة اما الاول فلان الاطلاق ينافى تعلق الحق بخصوصيات ما عنده او عليه والمبطل تعلقه واما الثانى فلان المحيل ليس له حق الاخذ من المحتال فان دفع اليه المحتال عليه فقد دفع ما تعلق به حق المحتال فيضمن المحتال عليه (لا يقبل قول المحيل احلت بدين لى عليك للمحتال عليه اذا طلب مثل ما احال) يعنى رجل احال رجلا على آخر بالف فدفعه المحتال عليه الى المحتال ثم طلب الدافع الالف من المحيل فقال المحيل احلت بالف كان لى عليك والمحتال عليه انكره فالقول له لا للمحيل ولا يكون الاقرار من المحتال عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولا قبوله الحوالة دليلا على ان عليه دينا لان الحوالة تصح وان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين (و) لا (قول المحتال للمحيل) اذا طلبه (احلتنى بدين لى عليك) يعنى اذا قال المحيل للمحتال اعطنى ما قبضته من فلان فانى احلتك لتقبضه لى وكنت وكيلى فى قبضه فقال المحتال احلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعى عليه الدين وهو منكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة تستعمل فى الوكالة (يجبر المحتال اذا ادى المحيل فلم يقبل

لاحتمال عود المطالبة الى المحيل بالتوى (احال غريمه على رجل على ان يعطيه من ثمن داره) اى دار المحتال عليه (فقبل صحت) الحوالة لانه احال بما يقدر على ايفائه لانه يملك بيعها (ولا يجبر على البيع) لعدم وجوب الاداء قبل البيع (ولو باع يجبر على الاداء) لتحقق الوجوب (ولو احال على ان يعطى من ثمن دار المحيل لا) اى لا تصح لانه لا يقدر على بيعها (الا اذا امره بالبيع) فحينئذ تصح لوجود القدرة على البيع والاداء (باع بشرط ان يحيل على المشترى بالثمن غريما له) اى للبايع (بطل) البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبايع (ولو باع بشرط ان يحتال بالثمن صح) لانه يؤكد موجب العقد اذ الحوالة فى العادة تكون على الاملى والاحسن قضاء فصار كشرط الجودة (كره السفتجة) هى بضم السين وفتح التاء واحدة السفاتج تعريب سفته وهى شئ محكم ويسمى هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع الى تاجر مبلغا قرضا ليدفعه الى صديقه فى بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق

) كتاب المضاربة (

وجه المناسبة بين الكتابين وجود معنى نقل المال فى الحوالة والمضاربة فى الجملة (هى) لغة مفاعلة من الضرب فى الارض وهو السير فيها سمى هذا العقد بها لان المضارب يسير فى الارض غالبا لطلب الربح وشرعا (عقد شركة فى الربح بمال من رجل وعمل من آخر وركنها الايجاب) بان يقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله تعالى بيننا نصفان او نحو ذلك من الفاظ يثبت بها المضاربة (والقبول) بان يقول المضارب قبلت ونحوه (وحكمها انواع) الاول انها (ايداع اولا) لانه قبض المال باذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلا وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة (وتوكيل عند عمله) لانه يتصرف فيه له بامره حتى يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال (وشركة ان ربح) لانه يحصل بالمال والعمل فيشتركان فيه (وغصب ان خالف) لتعديه على مال غيره فيكون ضامنا (ولو) وصلية (اجاز بعده) اى المضارب اذا اشترى ما نهى عنه ثم باعه وتصرف فيه ثم اجاز رب المال لم يجز وكذلك المستبضع (واجارة فاسدة ان فسدت) فان الواجب للمضارب فيها اجر المثل كالاجارة الفاسدة وهو بدل عمله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة

ولم يرض بالعمل مجانا فيجب اجر المثل (فلا ربح حينئذ) لانه يكون فى المضاربة الصحيحة ولما فسدت صارت اجارة (بل اجر عمله) كما هو حكم الاجارة الفاسدة (مطلقا) اى سواء ربح اولا (بلا زيادة على المشروط) كما هو حكم الاجارة الفاسدة وقدمر (ولا ضمان فيها) اى فى المضاربة الفاسدة (كالصحيحة) لانه امين فلا يكون ضمينا (واما دفع المال الى آخر وشرط الربح للمالك فبضاعة وشرطه للعامل فقرض) وانما غير اسلوب الوقاية حيث لم يعد البضاعة والقرض فى سلك الايداع وغيره لما يرد عليه من قول صدر الشريعة ان المضاربة اذا كانت عقد شركة فى الربح فكيف يكون بضاعة او قرضا (وشرطها خمسة) الاول (كون رأس المال من الاثمان فلا تصح الا بما تصح به الشركة) لانها تصير شركة بحصول الربح فلا بد من مال تصح به الشركة وهو الدراهم والدنانير والتبر والفلوس النافقة كما سيأتى (ولو دفع عرضا وامر ببيعه وعمل مضاربة فى ثمنه فقبل صح) لانه لم يضف المضاربة الى العرض بل الى ثمنه وهو مما يصح به المضاربة والاضافة الى المستقبل يجوز لانها وكالة او وديعة او اجارة فلا يمنع شئ منها الاضافة اليه (و) الثانى كونه عينا لا دينا) لان المضارب امين ابتداء ولا يتصور كونه امينا فيما عليه من الدين (فلو قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز بخلاف ما لو كان له دين على ثالث فقال اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة حيث يجوز لانه اضاف المضاربة الى زمان القبض والدين فيه يصير عينا وهو يصلح ان يكون رأس المال (و) الثالث (تسليمه الى المضارب) حتى لا يبقى لرب المال فيه يد لان المال يكون امانة عنده فلا يتم الا بالتسليم اليه كالوديعة بخلاف الشركة لان المال فى المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه واما العمل فى الشركة فمن الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة لانتفاء شرطها وهو العمل منهما (فشرط العمل على رب المال يفسدها) اى ان شرطا ان يعمل المالك مع المضارب فسدت المضاربة لان هذا شرط يمنع من تسليم المال الى المضارب والتخلية بين المال والمضارب شرط صحة العقد فيما يأباه كان مفسدا ضرورة (و) الرابع (كون رأس المال معلوما) لئلا يقعا فى المنازعة (تسمية) بان يعقدا على قدر معين من مال يصح به الشركة (او اشارة) كما اذا دفع مضاربة الى رجل دراهم لا يعرف قدرها فانه يجوز

ويكون القول فى قدرها وصفتها للمضارب مع يمينه والبينة للمالك (و) الخامس (كون نصيب المضارب من الربح معلوما عنده) اى عند العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد (و) السادس (شيوع الربح) بينهما بحيث لا يستحق احدهما دراهم مسماة لقطعه الشركة فى الربح لاحتمال ان لا يحصل من الربح الاقدر ما شرط له واذا انتفى الشركة فى الربح لايتحق المضاربة لانها جوزت بخلاف القياس بالنص بطريق الشركة فى الربح فيقتصر على مورد النص (فتفسد بشرط زيادة قدر معين لاحدهما) فله اجر مثله لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل الى المسمى المشروط للفساد فيصار الى اجر المثل ضرورة والربح لرب المال لانه نماء ملكه (كذا) اى يفسد المضاربة (كل شرط يوجب جهالة الربح) كما لو قال لك نصف الربح اوثلثه اوربعه لما مر ان الربح هو المعقود عليه فجهالته تفسد العقد (وغيره لا) اى غير ذلك من الشروط الفاسدة لايفسد المضاربة (بل يبطل الشرط) كاشتراط الخسران على المضارب لانها جزء هالك من المالك فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لايوجب قطع الشركة فى الربح والجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لانها لاتفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة واذا صحت فله) اى للمضارب (فى مطلقها) وهو ما لم يقيد بمكان اوزمان اونوع من التجارة نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه (البيع مطلقا) اى بنقد ونسيئة (الا باجل لم يعهد) عند التجار كعشرين سنة (و) له ايضا (الشراء والتوكيل بهما) اى بالبيع والشراء (والسفر والابضاع) وهو دفع المال بضاعة (ولو لرب المال) وسيأتى لانه لايبطل المضاربة (والايداع والرهن والارتهان والاستيجار والاحتيال) اى قبول الحوالة (بالثمن مطلقا) اى على الايسر والاعسر لان كل ذلك من صنيع التجار (لا المضاربة) عطف على البيع فى قوله فله فى مطلقها البيع اى لبس له فيه ان يضارب مع الاجنبى (الا باذنه اوباعمل برأيك) لان الشئ لايستتبع مثله لاستوائهما فى القوة كالوكيل لايملك التوكيل بخلاف المستعير والمكاتب لانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام فى التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرايدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلابد من التصريح به اوالتفويض العام اليه والايداع والابضاع

دون المضاربة فتضمنها (فلا يفيدان) اى الاذن واعمل برأيك (فى الاقراض والاستدانة) نحو ان يشترى باكثر من مال المضاربة (بل يجب التصريح بهما) لانهما ليسا من صنيع التجار ولايحصل بهما الغرض وهو الربح اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول وفرع على الاستدانة بقوله (فلو شرى بمالها) اى المضاربة (ثوبا وقصر بالماء اوحمل) متاع المضاربة من موضع الى آخر (بماله) لابمالها (بعد ذلك القول كان متطوعا) لانه استدان فى حق المالك بلا اذنه وانما قال بالماء لانه اذا قصر بالنشاء فحكمه حكم الصبغ (وان صبغه احمر شركه بمازاد ودخل فى اعمل برأيك) انما قال احمر لانه ان صبغه اسود لم يدخل تحت اعمل برأيك عند ابى حنيفة لما مر ان السواد عيب عنده بخلاف سائر الالوان (كالخلط) اى خلط مال المضاربة بمال نفسه (فلا يضمن) اذا دخل فى اعمل برأيك لا يضمن المضارب (بهما) اى بصبغه احمر وبالخلط لانه فعل ما فعل باذنه (وله حصة صبغه ان بيع وحصة الثوب فى مالها) يعنى يصير المضارب شريكا فى الثوب بقدر ماله من الصبغ فاذا بيع الثوب كان حصة قيمة الصبغ فى الثوب للمضارب وحصة الثوب الابيض من مال المضاربة (ولاتجاوز) عطف على قوله لا المضاربة اى لبس له فى مطلقها تجاوز (بلدا وسلعة اووقت اوشخص عينه المالك) لانه لم يملك التصرف الا بتفويضه فيتقيد بما فوض اليه وهذا التقييد مفيد لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات والاشخاص وكذا لبس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجه من تلك البلدة لانه لا يمكن ان يتصرف بنفسه فى هذا المال فى غير هذا البلد فلا يمكن ان يستعين بغيره ايضا (فان تجاوز) بان يخرج الى غير ذلك البلد فاشترى اواشترى سلعة غير ما عينه اوفى وقت غير ما عينه اوبايع مع غير من عينه (ضمن) وكان ذلك له (وله ربحه وعليه خسرانه) لانه تصرف فى مال غيره بغير امره وان لم يتصرف فيه حتى رده الى البلد الذى عينه برئ من الضمان لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق ورجع المال مضاربة على حاله لان المال باق فى يده بالعقد السابق (ولا) اى لبس له ايضا (تزويج قن من مالها) وعن ابى يوسف انه يزوج الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط

النفقة من مال المضاربة ولهما انه لبس من التجارة والعقد لايتضمن الا التوكيل بالتجارة فلايملكه وان كان اكتسابا كالكتابة والاعتاق على ضعف قيمته (ولاشراء من يعتق على رب المال) بقرابة اويمين بان قال ان ملكته فهو حر لان المضاربة اذن بتصرف يحصل به الربح وهذا انما يكون بشراء مايمكنه بيعه وهذا لبس كذلك (ولا من يعتق عليه) اى المضارب ان كان فى المال ربح) لان نصيبه يعتق عليه فيفسد نصيب رب المال (فان فعل) اى اشترى من يعتق على واحد منهما (صار) اى شراؤه (لنفسه) دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشترى ينفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف (وان لم يكن ربح صح) اى شراء من يعتق عليه لانتفاء المفسد (فان ظهر) اى الربح (بزيادة قيمته بعد الشراء (عتق حظه) المضارب من العبد لانه ملك قريبه (ولم يضمن) للمالك شيئا) لانه انما عتق عند الملك لابصنع منه بل بسبب زيادة قيمته بلااختيار فصار كما لوورثه مع غيره بان اشترت امراة ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج واخا عتق نصيب الزوج ولم يضمن شيئا لاخيها لعدم الصنع منه (وسعى العبد فى قيمة نصيب المالك) من العبد لاحتباس ماليته عنده (معه) اى مع المضارب (الف بالنصف فاشترى به امة قيمتها الف) فوطئها (فولدت) ولدا (مساويا الفا فادعاه) حال كونه (موسرا فبلغت قيمته الفا وخمسمائة سعى للمالك بالف او بعه او اعتقه) اى ان شاء المالك استسعى الغلام فى الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه (فان قبض) اى المالك (الالف من الغلام (ضمن المدعى نصف قيمتها) اى الامة وذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من النكاح بان زوجها البايع له ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لايفيد هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط فيها اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة اذا صارت اجناسا مختلفة كل واحد منها لايزيد على رأس المال لايظهر الربح عندنا لان بعضها لبس باولى به من البعض فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب فى الامة ولا فى الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا ينفذ دعوته فاذا زادت قيمته وصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهر الربح حيث

لاينفذ

لاينفذ اعتاقه السابق لانه انشاء فاذا بطل لعدم الملك لاينفذ بعده بحدوثه واما الدعوة فاخبار فاذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذ دعوته كما اذا اخبر بحرية عبد لغيره يرد اخباره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا

) باب ضارب بلااذن (

اى دفع المضارب المال الى غيره مضاربة بلااذن المالك (لم يضمن) بالدفع (مالم يعمل الثانى) واذا عمل ضمن الدافع ربح الثانى اولى وهو قولهما وظاهر الرواية عنه (وفى رواية) لم يضمن (مالم يربح) وهو رواية الحسن عنه لانه يملك الابضاع فلا يضمن بالعمل مالم يربح فاذا ربح فقد اثبت له شركة فى المال فيصير كخلط مالها بغيره فيجب الضمان وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله فى صيرورة المال مضمونا به وهذا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمن الاول وان عمل الثانى لانه اجير فيه والاجير لا يستحق شيئا من الربح فلا يثبت الشركة له بل له اجر مثله على المضارب الاول وللاول ماشرط له من الربح (وان اذن) اى المالك (فدفع بالثلث وتصرف الثانى وربح وقيل له مارزق الله فبيننا نصفان) يعنى بعد ما دفع اليه رب المال المال مضاربة بالنصف واذن له ان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وتصرف الثانى وربح فان كان رب المال قال له على ان مارزق الله تعالى فبيننا نصفان (فللمالك النصف وللاول السدس وللثانى الثلث) لان دفع الاول الى الثانى مضاربة صح حيث كان باذن المالك الا ان المالك شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله ومارزق الله جميع الربح فكان له نصف جميع الربح فلا يكون للمضارب الاول ان يوجب شيئا من ذلك لغيره بل ما اوجبه للثانى وهو ثلث الربح ينصرف الى نصيبه خاصة فيبقى له السدس ويطيب لهما ذلك لان عمل الثانى وقع له كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الخياط من يخيط بنصف درهم طاب للاول الفضل كذا هذا (ولو قيل مارزقك الله) فهو بيننا نصفان (فلكل ثلث) اى للمضارب الثانى الثلث والثلثان بين المضارب الاول وبين المالك نصفان لان المالك ماشرط لنفسه نصف جميع الربح بل نصف ما يحصل للاول من الربح فاستحق الثانى جميع ماشرط له وماوراء ذلك جميع ماحصل للمضارب الاول والمالك شرط لنفسه نصف ذلك ولذا كان الباقى بينهما (ولو قيل ماربحت) من شئ فبينى وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف (فللثانى نصف ولهما

اى الاول والمالك (نصف) لان الاول شرط الثانى نصف الربح وهو مأذون فيه من جهة المالك فاستحقه والمالك شرط لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الاول الا النصف فكان بينهما (ولو قيل مارزق الله فلى نصف اوقال مافضل فبينى وبينك نصفان) وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف (فنصف للمالك ونصف للثانى ولاشئ للاول) لان المالك شرط لنفسه نصف جميع الربح فانصرف شرط الاول النصف للثانى الى نصيبه فيكون للثانى بالشرط ولاشئ للاول لانه جعل ما كان له للاول كمن استأجر اجيرا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الاجير من يخيط له بدرهم فانه لايسلم للاول شئ حيث عقد على جميع حقه (ولوشرط للثانى ثلثيه) اى للمضارب الثانى ثلثى الربح (فللمالك و) المضارب (الثانى النصفان ويضمن) المضارب (الاول للثانى السدس) من الربح لانه شرط للثانى شيئا هو مستحق للمالك وهو السدس فلم ينفذ فى حق المالك ووجب عليه الضمان بالتسمية لانه التزم السلامة فاذا لم يسلم رجع عليه كمن استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الاجير رجلا آخر ليخيطه بدرهم ونصف فانه يضمن له زيادة الاجر (صح شرطه للمالك ثلثا ولعبده) اى عبد المالك (ثلثا ليعمل معه) اى مع المضارب (ولنفسه ثلثا) لان اشتراط العمل على العبد لايمنع التخلية والتسليم لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لايلى المولى لاخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه واذا لم يمنع التخلية لم يمنع الصحة ولا كذلك اشتراط العمل على المالك لانه يمنع التخلية فيمنع الصحة واذا صحت كان ثلث الربح للمضارب لان المشروط له هذا القدر والثلثان للمالك ان لم يكن على العبد دين لان ماشرط للعبد فلسيده وان كان عليه دين فللغرماء (تبطل) اى المضاربة (بموت احدهما) اى المالك والمضارب لانها توكيل وموت الوكيل او الموكل يبطل الوكالة (ولحوق المالك بدار الحرب مرتدا) وحكم القاضى به لانه كالموت (لا) لحوق (المضارب) بها لان تصرفاته انما توقف بالنظر الى ملكه ولاملك له فى مال المضاربة وله عبارة صحيحة فلا توقف فى ملك المالك فبقيت المضاربة على حالها (ولا تبطل بالدفع الى المالك بضاعة اومضاربة) فان قيل ينبغى ان يكون الابضاع للمالك مفسدا للعقد لان الربح حينئذ يكون للمالك وقد اعتبر فى مفهومه الشركة فى الربح وشرط كونه مشاعا بينهما قلنا العقد اذا صح ابتداء باعتبار شيوع

الربح بينهما لايبطل بتخصيص احدهما بالربح وعند زفر يبطل (وينعزل) اى المضارب (بعزله) اى بعزل المالك اياه (ان علم عزله) لانه وكيل من جهته فيشترط علمه بعزله كما مر فى الوكالة (واذا علم والمال عروض يبيعها) ولا ينعزل عنه لان له حقا فى الربح ولا يظهر ذلك الا بالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (ولا يتصرف فى ثمنها) لان البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح ولا حاجة اليه بعد النقد (ولا فى نقد من جنس رأس المال) لانه معزول فى حقه (ويبدل به خلافه) اى اذا عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس رأس المال فليس له ان يبيعه بجنس رأس المال قياسا لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفى الاستحسان له ذلك لان الواجب على المضارب ان يرد مثل رأس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه فكان له بيعه ضرورة (افترقا) اى المضارب والمالك (وفى المال دين وربح لزمه) اى المضارب (طلبه) لانه كالاجير والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما فى الاجارة المحضة (كالدلال) فانه يعمل بالاجرة (والسمسار) هو الذى يجلب اليه العروض والحيوانات ليبيعها باجر من غيران يستأجر فهو ايضا يعمل بالاجرة ويجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبران على طلب الثمن (وبلا ربح لا) اى ان لم يكن فى المال ربح لم يلزم المضارب طلبه لانه وكيل محض ومتبرع ولا جبر على المتبرع (ويوكل) اى المضارب (المالك به) اى بالطلب لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد والمالك ليس بعاقد فلا يتمكن من الطلب الا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل لئلا يضيع حقه (كذا سائر الوكلاء) اى كل وكيل بالبيع اذا امتنع عن التقاضى لايجبر عليه بل يجبر على ان يحيل صاحب المال ولا يضيع حقه (الهالك من الربح) يعنى ان ما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال والهالك يصرف الى التبع لا الاصل كما يصرف الهالك فى مال الزكوة النصاب (فان زاد لم يضمن) اى ان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب لانه امين فلا يكون ضمينا (قسم الربح والعقد باق وهلك المال او بعضه تراد الربح ليأخذ رأس ماله) يعنى اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال او بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك رأس ماله لان الاصل ان القسمة لاتصح حتى يستوفى المالك رأس ماله لان الربح زيادة على الاصل وهى لاتكون الا بعد سلامة الاصل فاذا هلك ما فى يد المضارب امانة ظهر ان ما اخذه من رأس المال فيضمن المضارب ما اخذه لانه اخذه لنفسه وما اخذه المالك

محسوب من رأس المال واذا استوفى رأس المال (فما فضل يقسم) بينهما لانه ربح (ومانقص لم يضمن) المضارب لانه امين (وان اقتسما) الربح (وفسخاها) اى المضاربة (ثم عقدا) عقدا آخر (فهلك المال لم يترادا) الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال فى العقد الثانى لايوجب انتقاض الاول كما لو دفع اليه مالا آخر (نفقة مضارب فى الحضر) مبتدأ (من ماله) خبره (كدوائه) فانه اذا مرض كان دواؤه من ماله سواء كان فى السفر او الحضر لانه لم يحتبس بمال المضاربة فلا يجب به النفقة فيه بل هو ساكن فى السكنى الاصلى و وجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس به فلم يوجد فكانت فى ماله (وفى السفر طعامه وشرابه وكسوته واجرة خادمه وغسل ثيابه والدهن اذا احتيج اليه وركوبه كراء او شراء وعلفه من مالها) اى مال المضاربة فانه اذا سافر صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجبت النفقة فى مالها لاجل الاحتباس به (بالمعروف) اى غير زائد على الحاجة الاصلية ولا ناقص عنها (وضمن الزائد) على المعروف (ورد الباقى) من الطعام وغيره (بعد الاقامة الى مالها) اى مال المضاربة لتمام الحاجة (ومادون سفر يغدو اليه ولا يبيت باهله كالسفر والاقل لا ان ربح) المضارب (اخذ المالك) من الربح (قدر المنفق) اى قدر ما انفق المضارب (من رأس المال) حتى يتم رأس ماله فان فضل شئ قسم بينهما (وان رابح) اى باع المضارب متاع المضاربة مرابحة (حسب نفقته) اى ما انفق على المتاع من اجرة الحمل واجر القصار والحمل والسمسار لان هذه الاشياء تزيد فى القيمة وتعارف التجار الحاقها برأس المال فى بيع المرابحة (لا) اى لا يحبس (نفقة نفسه) فى سفره وتقلباته فى المال لانهم لم يتعارفوا ذلك ولا تزيد ايضا فى قيمة المتاع (معه) اى مع المضارب (الف بالنصف فاشترى به بزا فباعه بالفين واشترى بهما) اى بالالفين (عبدا) ولم ينقد الالفين (فضاعا) اى الالفان (عنده) اى المضارب (غرم) اى المضارب (خمسمائة والمالك الباقى) وهو الف وخمسمائة (وربع العبد للمضارب وباقيه) وهو ثلاثة ارباعه (لها) اى للمضاربة (ورأس المال الفان وخمسمائة) لان المال لما صار الفين ظهر ربح فى المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة ارباعه للمالك ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب

وهو خمسمائة وثلاثة ارباعه على المالك وهو الف وخمسمائة فنصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة وبينهما تناف ونصيب المالك على المضاربة لعدم ماينافيها (ورابح على الفين فقط) يعنى لايبيع العبد مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بهما (فلو بيع) اى العبد (بضعفهما) وهو اربعة آلاف (فحصتها) اى حصة المضاربة (ثلاثة آلاف) فالفان وخمسمائة منها رأس المال (والربح منها خمسمائة بينهما) نصفان (شرى من المالك بالف عبدا شراه بنصفه رابح بنصفه) لا بتمام الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز بناء المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فتبتنى على ما اشتراه به المالك فيكون المضارب كالوكيل له فى بيعه ولو كان بالعكس يبيعه مرابحة بخمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم لما ذكر فتبتنى المرابحة على ما اشتراه به المضارب كانه اشتراه له وناوله اياه بلا بيع (شرى بالفها عبدا يعدل الفين فقتل رجلا خطأ) فامرا بالدفع او الفداء فان دفعا العبد انتهت المضاربة لان العبد بالدفع زال عن ملكهما بلا بدل وان فديا خرج العبد عن المضاربة اما حصة المضارب فلان ملكه فيه تقرر بالفداء فصار كالقسمة واما حصة المالك فلان العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلى هو الدفع و بالفداء صار كانهما اشترياه ثم الفداء عليهما بالارباع (فربع الفداء عليه) اى المضارب (وباقيه) وهو ثلاثة الارباع (على المالك) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما ارباعا لان المال اذا صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف للمالك برأس ماله واذا فديا صار العبد لهما (وخرج عنها) اى المضاربة فيخدم المضارب يوما والمالك ثلاثة ايام) بقدر حقهما (شرى عبدا بالفها وهلك الالف قبل نقده دفع المالك ثمنه ثم وثم) اى كلما هلك الالف دفع المالك الفا الى مالا يتناهى (وجميع مادفع رأس ماله) فرق بين هذا و بين الوكيل بشراء عبد بعينه بالف دفع اليه فاشترى فهلك الالف قبل ان ينقده للبائع فان له ان يرجع على الموكل مرة فقط بان المال فى يد المضارب امانة لما مر والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فلو حمل قبضه على الاستيفاء صار ضامنا وهو ينافى الامانة فحمل قبضه ثانيا على جهة الامانة لا الاستيفاء فاذا هلك كان الهلاك على المالك بخلاف الوكيل لامكان جعله مستوفيا لان الضمان

لاينافى الوكالة فان الغاصب اذا توكل يبيع المغصوب جاز حتى اذا هلك فى يده بعد ماصار وكيلا ضمن فاذا اشترى العبد بالف وجب للبايع على الوكيل الثمن فوجب للوكيل على الموكل مثله فاذا استوفى حقه من الموكل حمل قبضه على جهة الاستيفاء لا الامانة فاذا استوفاه مرة لم يبق الحق اصلا فاذا هلك المقبوض كان الهلاك عليه لامحالة (معه الفان فقال دفعت الفا او بحت الفا وقال المالك دفعت الفين اوادعى المضارب العموم اوقال ماعينت لى تجارة والمالك ادعى الخصوص) يعنى فى الصورتين الاخيرتين (فالقول للمضارب) امافى الاول فلان حاصل اختلافهما فى مقدار المقبوض والقابض احق بمعرفة مقداره لاستصحابه المال وفى مثله القول للقابض ضمينا كان اوامينا وايهما برهن على مادعى من الفضل قبل لان رب المال يدعى فضلا فى رأس ماله والمضارب فضلا فى الربح والبينات للاثبات واما فى الاخيرتين فلان الاصل فيهما العموم والقول لمن يتمسك بالاصل (ولوادعى كل نوعا فللمالك) اى القول له لاتفاقهما على الخصوص فاعتبار قول من يستفاد الاذن من جهته اولى والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفى الضمان (كما لو قال من معه الف هو مضاربة زيد وقد ربح و قال زيد بضاعة) حيث يصدق زيد مع اليمين لانه ينكر دعوى الربح اودعوى تقويم عمل المضارب او كما قال من معه الف (هو قرض وقال زيد بضاعة او وديعة) حيث يصدق زيد مع اليمين لانه ينكر دعوى التملك (ولو وقتا) بان قال رب المال دفعت اليك فى رمضان وقال المضارب دفعت فى شوال (فصاحب) الوقت (الاخير) (اولى) لان الاخير ينسخ الاول

) كتاب الشركة (

لايخفى وجه المناسبة بين الكتابين (هى) اختلاط شئ بشئ ومنه الشركة بالتحريك حبالة الصايد لان فيه اختلاط بعض حبله بالبعض ثم اطلقت على العقد مجازا لكونه سببا له ثم صارت حقيقة عرفية وهى اما (شركة ملك وهى ان يملكا عينا بارث اوشراء اواتهاب اواستيلاء) على مال حربى (اواختلاط ماليهما بلاصنع) من احدهما (اوخلطهما حتى تعذر التميز) كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ونحو ذلك (اوتعسر) كالحنطة بالشعير ونحو ذلك (وكل اجنبى فى مال صاحبه) حتى لايجوز له التصرف فيه الا باذنه كمال الاجانب (فصح له بيع حظه) اى نصيبه من المال (ولو من غير شريكه بلا اذنه) يعنى يجوز بيع

احد الشريكين نصيبه من المال من شريكه ومن غيره بلا اذن شريكه (الا فى صورة الخلط والاختلاط) فانه لايجوز الا باذنه والفرق ان خلط الجنس بالجنس بصفة التعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط واذا حصل بغير تعد حصل سبب الزوال من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل منهم زائلا عن الشريك فى حق البيع من غير الشريك فلا يجوز الا برضاء الشريك غير زائل فى حق البيع من الشريك عملا بالشبهين وهذا اولى من عكسه لان التصرف مع الشريك اسرع نفاذا من التصرف مع الاجنبى بدليل جواز تمليك معتق البعض للشريك لا الاجنبى وكذا اجارة المشاع من الشريك جائزة (واما شركة عقد) عطف على قوله واما شركة ملك (وركنها الايجاب) بان يقول احدهما شاركتك فى كذا اوفى عامة التجارات (والقبول بان يقول الآخر قبلت فانها عقد من العقود الشرعية فلابد لها من ركن كسائرها (وشرطها كون المعقود عليه) اى التصرف الذى عقد الشركة عليه (قابلا للوكالة) ليقع مايحصله كل منهما مشتركا بينهما فيحصل لنفسه بالاصالة ولشريكه بالوكالة ولايمكنه ذلك فيما لايقبل التوكيل كالاحتطاب ونحوه من المباحات فان التوكيل لايصح فيه بل ما يكتسبه يكون له خاصة (وعدم مايقطعها) اى الشركة (كشرط دراهم مسماة من الربح لاحدهما فانه يقطع الشركة فى الربح لاحتمال ان لا يبقى بعد هذه الدراهم المسماة ربح يشتركان فيه (وهى) اى شركة العقد (ثلاثة) الاول (شركة بالاموال و) الثانى شركة بالاعمال ويسمى) هذه الشركة اصطلاحا (شركة الصنايع و) شركة (التقبل و) شركة (الابدان) ووجه التسمية ظاهر (و) الثالث (شركة الوجوه) قال فى الهداية ثم هى على اربعة اوجه اى شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنايع وشركة الوجوه وتبعه صاحب الكافى وقال فى غاية البيان هذا التقسيم فيه نظر لانه يوهم ان شركة الصنايع وشركة الوجوه مغايرتان للمفاوضة و الاولى بالتقسيم ما ذكره الشيخان ابوجعفر الطحاوى وابو الحسن الكرخى فى مختصريهما بقولهما الشركة على ثلثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل واحدة على وجهين مفاوضة وعنان وفى الهداية اشارة الى هذا حيث قال فى بيان شركة الوجوه فانها تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة فى الابدال واذا اطلقت تكون عنانا فلما عثرت على هذا اخترته و بينته

على طبق غاية البيان وقلت (وكل منها امامفاوضة) هى بمعنى المساواة سمى هذا العقد بها لاشتراط المساواة فيه من جميع الوجوه كما سيأتى (اوعنان) مأخوذ من قولهم عن اى عرض سمى هذا العقد به لما قال ابن السكيت كانه عن لهما شئ فاشتركا فيه او من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائى والاصمعى لان كلا منهما جعل عنان التصرف فى بعض المال الى صاحبه (اما المفاوضة فى الشركة بالاموال فبان تضمنت وكالة) اى يكون كل منهما وكيلا للاخر ليتحقق المقصود وهو الشركة فى المشترى لانه لايقدر ان يدخله فى ملك صاحبه الا بالوكالة منه لعدم ولايته عليه لايقال قدمر ان الوكالة بالمجهول لاتجوز فوجب ان لاتصح هذه الشركة لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس كما اذا وكله بشراء ثوب ونحوه لانا نقول الوكالة بالمجهول لاتجوز قصدا وتجوز ضمنا كما مر فى المضاربة (وكفالة) بان يكون كل منهما كفيلا للاخر ليتحقق المساواة بينهما وطلب كل منهما فيما باشره احدهما لايقال قدمر ان الكفالة لاتصح الابقبول المكفول له فى المجلس فكيف جازت هنا مع جهالته لانا نقول قدمر ايضا ان الفتوى على صحتها ولو سلم فذلك فى الكفيل القصدى وههنا ضمنى كالوكالة (وتساويا) اى الشريكان (مالا يعنى مالايصح به الشركة كما تبين بخلاف العروض والعقار حيث لايضرها التفاضل فيهما وتصرفا بان يقدر احدهما على جميع مايقدر عليه الآخر من التصرفات والافات معنى المساواة (فلاتصح) تفريع على قوله وكفالة (بين عبدين وصبيين ومكاتبين) فانهم ليسوا باهل الكفالة (ولا بين حر ومملوك وصبى وبالغ ومسلم وذمى تفريع على قوله تصرفا فان الحر البالغ يستقل بالتصرف والكفالة والعبد لايملك شيئا منهما الا باذن مولاه والصبى لايملك الكفالة وان اذن له الولى ويملك التصرف باذنه والكافر اذا اشترى خمرا او خنزيرا لايقدر المسلم ان يبيعه ومن شرطها ان يقدر على بيع ما اشتريه شريكه لكونه وكيلا له فى البيع والشراء وكذا المسلم لايقدر على شرائهما كما يقدر الكافر عليه ولم يقل ودينا كما فى سائر الكتب لاندراج مايفيده تحت قوله وتصرفا كما ذكرنا فهو مغن عنه (ولابد) فى انعقاد شركة المفاوضة (من ذكر لفظ المفاوضة او بيان معناه) اى معنى ذلك لان اكثر الناس لايعرفون جميع شرائطها فيجعل التصريح بالمفاوضة قائما مقام ذلك كله وان بينا جميع مايقتضى المفاوضة صحت اذ العبرة للمعنى لا اللفظ (فشرى كل لهما) اى اذا ذكر اللفظ او بين المعنى يكون ما اشترى كل واحد منهما مشتركا

بينهما الا ان مقتضى المفاوضة المساواة (الاطعام اهله) والاداء (وكسوتهم) اى كسوة اهله وكسوته فانها تكون له خاصة استحسانا والقياس ان تكون على الشركة لانهما من عقود التجارة فكانت من جنس مابيننا وله عند الشركة وجه الاستحسان انهما مستثناة من مقتضى المفاوضة اذ كل منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته الى ذلك فى مدة المفاوضة ومعلوم ان كلا منهما لم يقصد بالمفاوضة ان يكون نفقته ونفقة عياله على شريكه وانه لايتمكن من تحصيل حاجة الا بالشراء فصار كل منهما مستثنيا هذا القدر من تصرفه مما هو مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء المشروط وللبايع ان يطالب ثمن الطعام والكسوة ايهما شاء المشترى بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشترى ان ادى من مال الشركة بقدر حصته لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضى من مال الشركة (وكل دين لزم احدهما بما يصح فيه الشركة) وسيأتى بيانه وهو احتراز عن لزوم دين بما لايصح فيه الشركة كالجناية والصلح عن دم عمد والنكاح والخلع والنفقة (كالشراء والبيع والاستيجار او كفالة) بمال (بامر) اى امر المكفول عنه (ضمنه) اى ذلك الدين الاخر) وانما ضمن فيها تحقيقا للمساواة (وبلا امر لا) اى لايضمن شريكه لانها تبرع محض كالكفالة بالنفس واذا كانت بامر كانت مفاوضة كما سيأتى (واما العنان فى الشركة بالاموال) عطف على قوله اما المفاوضة (فهو شركة فى كل تجارة اونوع منها) كالثوب والطعام ونحوهما (وتتضمن الوكالة) ليتحقق المقصود بالشركة وهو التصرف فى مال الغير (فقط) اى دون الكفالة لانها تثبت فى المفاوضة ضرورة المساواة التى يقتضيها اللفظ وهذا اللفظ لاينبئ عنه كما مر (وتصح ببعض المال) لان الحاجة ماسة اليه والمساواة ليس شرطا فيه فوجب القول بصحته (ومع فضل مال احدهما) لعدم اشتراط التساوى فيه (وتساوى ماليهما لا الربح و بالعكس) اى تساوى الربح لا المالين لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين * مطلقا بلا فصل بخلاف شرط كل الربح لاحدهما لخروج العقد به عن الشركة (و) تصح ايضا (بكون احدهما) اى احد المالين (دراهم والاخر دنانير) او من احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود (و بلا خلط) وقال زفر والشافعى لايصح بدونه لان الربح فرع المال ولايتصور وقوع الفرع على الشركة الا بثبوت الشركة فى الاصل ولا اشتراك بلا خلط ولنا ان الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشترى كل منهما بماله على ان يكون المشترى بينهما

وهذا لايفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال ولهذا يسمى العقد شركة وهذه الشركة مستندة الى العقد حتى جاز شركة الوجوه والتقبل واذا استندت الى العقد لم يشترط فيها المساواة والاتحاد والخلط (وكل يطالب بثمن مشريه لا الآخر) لما مر انه يتضمن الوكالة لا الكفالة والوكيل هو الاصيل فى الحقوق (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) اى من الثمن (ان اداه من ماله) لا من مال الشركة لانه وكيل من جهته فى حصته فاذا ادى من مال نفسه رجع عليه (ولا يصحان) اى المفاوضة والعنان فى الشركة (بالاموال الا بالنقدين) اى الدراهم والدنانير (والفلوس النافقة) اى الرايجة (والتبر) وهو ذهب غير مضروب (والنقرة) وهى فضة غير مضروبة (ان تعامل الناس بهما) اى بالتبر والنقرة الصحيح ان عقد الشركة على الفلوس النافقة يجوز اتفاقا لكونها ثمنا باصطلاح الناس واما التبر فقد جعل فى شركة الاصل وفى الجامع الصغير بمنزلة العروض فلا يصلحان لرأس مال الشركة والمضاربة وجعله فى صرف الاصل كالاثمان والاول ظاهر المذهب قالوا المعتبر فيه العرف ففى كل بلدة جرى التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالعقود ويصح الشركة ونزل التعامل باستعماله ثمنا بمنزلة الضرب المخصوص وفى كل بلدة لم يجر التعامل بها فهو كالعروض يتعين فى العقود ولا يصح به الشركة كذا فى الكافى ولا يصحان الا بما ذكر (و بالعرض) لكن (بعد بيع كل) من الشريكين (نصف عرضه بنصف عرض الآخر) يعنى لو باع كل منهما نصف ماله من العرض بنصف مال الآخر منه صار الشريكين فى الثمن شركة ملك حتى لا يجوز لاحدهما ان يتصرف فى نصيب الآخر ثم بالعقد صارت شركة عقد حتى جاز لكل منهما ان يتصرف فى نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن اراد الشركة فى العروض (وان ملك احد المفاوضين) بارث اوهبة ما صح فيه الشركة) كما مر آنفا (وقبض) عطف على ملك (صارت) المفاوضة (عنانا) لزوال المساواة المعتبرة فى المفاوضة (وهلاك مالهما او مال احدهما قبل الشراء يبطلها) لانها من العقود الجائزة فشرط لدوامه ما شرط لابتدائه وهذا ظاهر فى هلاك المالين وكذا اذا هلك احدهما لانه لم يرض بشركة صاحبه فى ماله الا بشركه فى ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم الفائدة (وهو) اى الهلاك (على صاحبه) اى صاحب المال (قبل الخلط هلك فى يده او يد الآخر) اما اذا هلك فى يده فظاهر واما

اذا

اذا هلك فى يد الآخر فلكونه امانة عنده (و بعده) اى بعد الخلط يهلك عليهما لانه لا يتميز فيهلك من المالين (فان هلك مال احدهما بعد شراء الآخر بماله فشريه لهما) على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر والشركة شركة عقد حتى ان ايهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها (ورجع على الآخر بحصته من ثمنه) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه فيصح رجوعه كما مر (وان هلك قبله) اى قبل شراء الآخر (فان وكله حين الشركة صريحا فشريه لهما) على ما شرطا فى رأس المال لا الربح مثلا ان كان رأس المال بينهما اثلاثا فالمشترى يكون اثلاثا وان كان انصافا فكذلك لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة (وتكون شركة ملك) حتى لا يملك احدهما ان يتصرف فى نصيب الآخر (والا) اى وان لم يوكله صريحا (فلا) اى لا يكون المشترى لهما بل للمشترى خاصة لان الوقوع على الشركة حكم وكالة تثبت فى ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بهلاك مال احدهما فيبطل ما فى ضمنها من الوكالة (ولكل من هذين الشريكين) اى المفاوضين وشريكى العنان (ان يبضع) لانه معتاد فى عقد الشركة (و يودع) لانه من عادة التجار (و يضارب) اى يدفع المال مضاربة لانها دون الشركة فيجوز ان يتضمنها بخلاف الشركة لان الشئ لا يتضمن مثله (و يوكل) من يتصرف فيه بيعا وشراء لانه من عادة التجار (والمال فى يده) اى يد كل من الشريكين (امانة) حتى اذا هلك لم يضمنه (واما المفاوضة فى شركة الصنايع فبان يشترك صانعان متساويان فيما تجب فيه المساواة فى المفاوضة المذكورة) وهى المفاوضة فى الشركة بالاموال بان يكونا من اهل الكفالة وان يشترطا ان تكون ما رزق الله تعالى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة وقدم بيانه سوى المال) لاختصاص المساواة فيه بالمفاوضة السابقة (كصباغين او خياط وصباغ) اشارة الى ان اتحاد الصنعة والمكان ليس بشرط فى شركة الصنايع (ويتقبلا العمل) عطف على يشترك (لاجر بينهما) اى ليكون كل ما يحصله احدهما من الاجر مشتركا بينهما كما هو حكم المفاوضة (وتضمنت وكالة) لاعتبارها فى جميع انواع الشركة (وكفالة) تحقيقا لمعنى المفاوضة (وصحت وان) وصلية (شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا استحسانا) وفى القياس

لايصح لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لافضائه اليه فصار كشركة الوجوه وجه الاستحسان ان ما يأخذه لايأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لما سيجيء ان شاء الله تعالى وازم كلا عمل قبله احدهما ويطالب الاجر) اى كل منهما (ويبرأ الدافع بدفعه اليه والكسب بينهما) نصفين (وان عمل احدهما) قياسا واستحسانا لان هذا مقتضى المفاوضة المتضمنة للكفالة (واما العنان فى شركة الصنايع فبان يشترك صانعان بلا تساوى بينهما فيما ذكر وتضمنت وكالة فقط ويثبت به الاحكام المذكورة استحسانا) والقياس ان لاتثبت لان الشركة وقعت مطلقة عن قيد الكفالة والاحكام المذكورة من موجباتها وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية لوجوب العمل فى ذمة كل منهما ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاد تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة فى ضمان العمل واقتضاء البدل حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون او اشنان مستهلك لم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار يوجب التصريح بها (واما المفاوضة فى شركة الوجوه) سميت به اذ لايشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس (فبان يشترك متساويان فيما ذكر بلا مال ليشتريا) متعلق بقوله يشترك (بوجوههما ويبيعا وتضمنت وكالة) لما مر ان التصرف على الغير لايجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فتعين الاولى (وكفالة) تحقيقا لمعنى المفاوضة (واما العنان فيها) اى فى شركة الوجوه (فبان لايعتبر التساوى فيها) اى فى الامور المذكورة فى المفاوضة (وتضمنت وكالة فقط لما مر وان شرطا) اى الشريكان شركة الوجوه (مناصفة المشترى او مثالثته فالربح كذلك وشرط الفضل باطل) لان الربح لايستحق الا بالعمل كالمضارب او بالمال كرب المال او بالضمان كالاستاد الذى يتقبل العمل من الناس فيلقيه على التلميذ باقل مما اخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها الا يرى ان من قال لغيره تصرف فى مالك على ان لى فى بعض ربحه لا يستحق شيئا لعدم هذه المعانى

(*) فصل (*)

فى الشركة الفاسدة (لا شركة فى الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وسائر

المباحات) لان الشركة تتضمن التوكيل وهو اثبات ولاية لتصرف فيما هو ثابت للموكل وهذا المعنى لايتصور هنا لان الموكل لايملكه فلا يملك اقامة الغير مقامه (وما حصل احدهما فله) لانه اثر عمله (وما حصلاه معا فلهما) لانه اثر عملهما (نصفين) تحقيقا للمساواة (وما حصل احدهما باعانة الاخر فله) اى للمحصل لانه الاصل فى العمل (وللاخر اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد ولا يزاد على نصف ثمنه عند ابى يوسف) كما هو حكم الاجارة الفاسدة على خلاف بينهما (ولا فى الاستقاء بان كان لاحدهما بغل وللآخر راوية واستقى احدهما والكسب للعامل) لكونه عاملا (وعليه اجر المثل للاخر) لانه اجيره اجارة فاسدة (الربح فى الشركة الفاسدة على قدر المال وان شرط الفضل) لان الاصل ان الربح تابع للمال كالريع ولم يعدل عنه الا عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل لان استحقاقه بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد وهو واجب الدفع (وتبطل) اى الشركة مطلقا (بموت احدهما ولو حكما) بان يرتد ويلحق بدار الحرب ويحكم به القاضى لان الوكالة لازمة للشركة والموت يبطل الوكالة ومبطل اللازم مبطل للملزوم (لا يزكى احدهما مال الآخر بلا اذنه) اى ليس لاحد الشريكين ان يؤدى زكوة مال الآخر بلا اذنه لانه ليس من جنس التجارة (فان اذن كل لصاحبه فاديا ولاء) اى بالتعاقب (ضمن الثانى وان جهل باداء الاول) لانه اتى بغير المأمور به لانه اسقاط الفرض عنه ولم يسقط فصار مخالفا فيضمنه علم اولم يعلم لانه صار معزولا باداء الموكل حكما لفوات المحل وذا لايختلف بالعلم والجهل كالوكيل ببيع العبد اذا اعتقه الموكل ينعزل علم به اولا (وان اديا معا) اى ادى كل واحد بغيبة صاحبه واتفق اداؤهما فى زمان واحد اولا يعلم التقدم والتأخر (ضمن كل قسط الآخر) ويتقاصان فان كان مال احدهما اكثر يرجع بالزيادة (شرى مفاوض امة باذن شريكه ليطأ فهى له مجانا) يعنى اذا اذن احد المفاوضين لصاحبه بشراء امة ليطأها فاشتراها المأمور وادى الثمن من مال الشركة فهى له بغير شئ اى لايغرم لشريكه شيئا عند ابى حنيفة وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن لان الشراء وقع للمأمور خاصة فكان الثمن واجبا عليه وقد اداه من مال الشركة فيرجع عليه بنصف الثمن كما فى ثمن الطعام والكسوة وله ان الجارية تدخل فى ملكهما جريا على مقتضى الشركة ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطئ لايحل الا بالملك فصار كما اذا اشترياها

ثم قال احدهما للآخر اقبضها لك كان هبة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الشركة للضرورة كما مر بيانه ولا ضرورة فى مسئلتنا (واخذ البايع بثمنها ايا شاء) المشترى بالاصالة وصاحبه بالكفالة كما مر فى الطعام والكسوة

❊) كتاب المزارعة (❊

(هى) لغة مفاعلة من الزرع وشرعا (عقد على الزرع ببعض الخارج ولا تصح عند ابى حنيفة) لحديث رافع بن خديج انه صلى الله تعالى عليه وسلم ❊نهى عن المخابرة وهى مزارعة الارض على الثلث او الربع من الخبير وهو الاكار لمعالجة الخبار وهى الارض الرخوة ولانها استيجار الارض ببعض ما يخرج من عمله فكان فى معنى قفيز الطحان كما مر فى الاجارة (وتصح عندهما) لانه صلى الله تعالى عليه وسلم دفع نخيل خيبر الى اهلها معاملة وارضها مزارعة على نصف ما يخرج من تمر وزرع وبه عمل الصحابة والتابعون والصالحون الى يومنا هذا وبمثله يترك خبر الواحد والقياس ولهذا قالوا (وبه يفتى وركنها الايجاب والقبول) كسائر العقود (وشرطها) ثمانية امور الاول (اهلية العاقدين) اذ لا صحة لعقد ما بدونها (و) الثانى (صلاحية الارض للزراعة) ليحصل المقصود (و) الثالث (بيان مدة متعارفة) بان يقول الى سنة او سنتين مثلا لان العقد يرد على منفعة الارض ان كان البذر من قبل العامل او على منفعة العامل ان كان البذر من قبل صاحب الارض والمنفعة لا يعرف مقدارها الا ببيان المدة فكانت المدة معيارا للمنفعة فيجب ان يكون المدة مما يتمكن فيها من الزراعة حتى اذا بين مدة لا يتمكن فيها منها فسدت لعدم حصول المقصود وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها عادة كذا فى الذخيرة (و) الرابع بيان (رب البذر) اى من كان البذر من قبله لان المعقود عليه يختلف باختلافه فان البذر ان كان من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل صاحب الارض فهو منفعة العامل ولا بد من بيان المعقود عليه لان جهالته تفضى الى النزاع (و) الخامس بيان (جنسه) اى جنس البذر اذ لا بد من بيان جنس الاجرة وهو لا يعلم الا ببيان جنس البذر (و) السادس بيان (حظ الاخر) اى بيان من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يعلم اذ ما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد (و) السابع (التخلية بين صاحب الارض والعامل) حتى اذا شرط فى العقد ما يزول به

التخلية وهو عمل صاحب الارض مع العامل فسد (و) الثامن (الشركة فى الخارج) عند حصوله لانه ينعقد اجارة ابتداء ويتم شركة انتهاء وكل شرط يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج يكون مفسدا للعقد (وانما تصح) عندهما (اذا كان الارض والبذر لواحد والبقر والعمل للاخر) لان صاحب الارض استأجر العامل للعمل والبقر آلة للعمل فجاز شرطه عليه كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة نفسه (او الارض لواحد والباقى للاخر) لان رب البذر استأجر الارض بجزء معلوم من الخارج ولو استأجرها باجر معلوم من الدراهم والدنانير صح فكذا اذا استأجرها بذلك (او العمل لواحد والباقى للاخر) لان صاحب الارض استأجر العامل ليعمل بآلة المستأجر فيصح كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة رب الثوب (و) انما تصح ايضا (اذا كان نفقة الزرع عليهما بقدر حقهما كاجر الحصاد والرفاع والدوس والتذرية) لان الغرم بالغنم حتى لو شرطت لاحدهما فسد العقد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين (فتفسد ان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل للاخر) لان رب البذر استأجر الارض والبقر واستيجار البقر بجزء من الخارج مقصودا لا يصح لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فان منفعتها قوة فى طبعها يحصل بها الخارج ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل فلعدم المجانسة لا يمكن جعل البقر تابعا لمنفعة الارض ولا يجوز استحقاق منفعة الارض مقصودا بالمزارعة كما لو كان البقر مشروطا على احدهما فقط بخلاف جانب العمل لان البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل (او كان البذر لاحدهما والباقى للاخر) لان الشرع لم يرد به (او كان البذر والبقر لواحد والباقى) وهو الارض والعمل (للاخر) لان كل واحد من البذر والبقر لما لم يصح عند الانفراد لم يصح عند الاجتماع (او شرط لاحدهما قفزانا مسماة) فانه ايضا مفسد لاحتمال ان لا يخرج الارض الا هذه القفزان فيكون هذا الشرط قاطعا للشركة (او) شرط لاحدهما ما يخرج من موضع معين او ما على الماذيانات) وهى اوسع من السواقى (والسواقى) جمع ساقية وهى اكبر من الجدول واصغر من النهر فانه ايضا مفسد لاحتمال ان لا يخرج الا من ذلك الموضع فيكون الشرط قاطعا للشركة (او) شرطا (كون نفقته على العامل) لما مر انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين (او) شرطا (رفع رب البذر بذره او رفع الخراج الموظف

وتنصيف الباقي) حيث تفسد في الصورتين لاحتمال ان لايحصل الا ذلك القدر واما اذا كان خراج مقاسمة نحو الثلث اوالربع فيجوز كالوشرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية اوشرط رب البذر عشر الخارج لنفسه اوللآخر والباقي بينهما لانه مشاع فلايؤدى الى قطع الشركة (او) شرطا (كون التبن لاحدهما والحب للآخر) حيث تفسد لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود (او) شرطا (تنصيف الحب والتبن لغير رب البذر) حيث تفسد لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو يؤدى الى قطع الشركة اذ ربما يصيبه آفة فلاينعقد الحب فلايخرج الا التبن (ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن اوشرطا الحب نصفين وجعلاه) اى التبن (لرب البذر صحت) اما الاولى فلانهما شرطا الشركة فيما هو المقصود والسكوت عن التبع لايوجب فساد العقد في الاصل واما الثانية فلانه شرط موافق لحكم العقد لانه نماء ملكه (واذا فسدت) اى المزارعة (فالخارج لرب البذر) لانه نماء ملكه والفرع يملك بملك الاصل وانما يستحقه الآخر بالتسمية فاذا فسدت كان النماء كله لرب البذر (وللآخر اجر عمله او اجر مثل ارضه) يعني ان كان البذر من صاحب الارض فللعامل اجر مثله وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه (فلو كان رب البذر صاحب الارض فللعامل اجر مثله لايزاد على المسمى) لانه رضي بسقوط الزيادة (و) لو كان رب البذر (العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه) لاستيفائه منافع الارض بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذلا مثل لها (واذا صحت فالمشروط) اى الواجب هو المشروط لصحة الالتزام (ولاشئ للعامل ان لم تخرج) اى الارض شيئا لانه يستحقه شركة ولاشركة في غير الخارج (ويجبر العامل ان ابى لارب البذر) يعني اذا عقدت المزارعة فامتنع من العمل رب البذر فله ذلك لانه لايتوصل الى الوفاء بالعقد الا باتلاف البذر وفيه ضرر يلزم فلايجبر عليه كالواستأجر اجيرا ليهدم داره وفي الكفاية هذا (قبل القائه) وبعده يجبر وان امتنع العامل اجبره الحاكم على العمل لان الوفاء به ممكن بلاضرر يلحقه فلزم العقد كما في سائر الاجارات الا اذا كان له عذر يفسخ به الاجارة كالمرض فيفسخ به المزارعة (ولو ابى رب البذر والارض له وقد كرب العامل فلاشئ له) في عمل الكراب (قضاء) لان عمله انما يتقوم بالعقد والعقد قوم العمل بجزء من الخارج ولاخارج بعد (ويسترضى

ديانة) يعني ان ماذكر جواب في القضاء واما فيما بينه وبين ربه فيلزمه ان يعطى العامل اجر مثل عمله لانه انما اشتغل باقامة هذه الاعمال ليحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض منه فقد غره والتغرير مدفوع فيفتى بان يطلب رضاه (وتبطل) اى المزارعة (بموت احدهما) اى العاقدين كما في الاجارة (فلو دفعها ثلث سنين فلما نبت في الاولى ومات صاحب الارض قبل ادراكه ترك) اى الزرع (في يد المزارع الى ادراكه وقسم على الشرط وبطلت) اى المزارعة (في) السنتين (الاخريين) لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة حق المزارع والورثة وفي القطع ابطالا لحق العامل اصلا فكان الابقاء اولى واما في الاخريين فلاحاجة الى الابقاء اذلم يثبت الحق للمزارع في شئ بعد فعملنا بالقياس (مضت المدة قبل ادراكه فعلى المزارع اجر مثل نصيبه من الارض حتى يدرك) الزرع لانه استوفى منفعة بعض الارض لتربية حصته فيها الى وقت الادراك (ونفقته) اى نفقة الزرع كاجر السقي والمحافظة والحصاد والرفاع والدوس والتذرية (عليهما) بقدر حقوقهما حتى يدرك كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب (وفي موت احدهما قبله) اى قبل ادراك الزرع (ترك) اى الزرع في مكانه (الى ادراكه ولاشئ على المزارع) لانا ابقينا عقد الاجارة ههنا استحسانا لبقاء مدة الاجارة فامكن استمرار العامل او وارثه على ما كان عليه من العمل اما في الاول فلايمكن الابقاء لانقضاء المدة (انفق احدهما) على الزرع (بلا امر صاحبه او امر قاض فهو متطوع في الانفاق) لان كل واحد منهما غير مجبور على الانفاق فصار كالدار المشتركة بينهما اذا استرمت فانفق احدهما في مرمتها بلا امر كان متطوعا (وتفسخ) اى الاجارة (بدين محوج الى بيعها) اى بيع الارض كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسناة بشئ اذلايجوز ان يطالبه بالمسمى وهو الخارج لانه معدوم ولاباجر المثل لانه انما يجب عند فساد العقد ولم يفسد (ولو نبت) اى الزرع (لم تبع) اى الارض (قبل استحصاده) اى الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اولى من الابطال ويخرجه القاضي ان حبسه لانه جزاء الظلم وهو لم يظلم لانه ممنوع عن بيع الارض فلم يكن ظالما

*) كتاب المساقاة (*

(هي) لغة مفاعلة من السقي وشرعا (دفع الشجر الى مصلحه بجزء من ثمره وهي كالمزارعة) في انها باطلة عند ابي حنيفة خلافا لهما وان الفتوى

على صحتها (وشروطها كشروطها الممكنة ههنا كاهلية العاقدين وبيان نصيب العامل والتخلية بين الاشجار والعامل والشركة فى الخارج وماعداها من الشروط المذكورة فيها لايجرى ههنا (فتصح بلاذكر المدة والقياس ان لا تصح لانها اجارة معنى كالمزاعة وتصح استحسانا (وتقع على اول ثمر يخرج) اذ لادراك الثمر وقت معين قلما يتفاوت (وتفسد ان لم يخرج) اى فى هذه السنة لعدم تناول العقد غير هذه السنة فكانهما نصا على ذلك ذكره تاج الشريعة (الا اذا دفع) استثناء من قوله فتصح بلاذكر المدة (غراسا فى ارض لم تبلغ) اى تلك الغراس (الثمر على ان يصلحها فما خرج كان بينهما نصفين حيث تفسد ان لم يذكر سنين معلومة) ذكره قاضيخان (او) دفع (اصول رطبة فى ارض مساقاة ولم يسم الوقت فانها تفسد) لان اصول الرطبة كالغراس (بخلاف رطبة لنباتها غاية) كستة اشهر مثلا (حيث تجوز وتقع على اول جزة) اى قطع (يكون) اى يحصل ذلك الاول لا ما بعده (دفع رطبة انتهى جزازها على ان يقوم عليها حتى يخرج بذرها ويكون) اى البذر (بينهما نصفين جاز بلاذكر الوقت) استحسانا لان الادراك البذر وقتا معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا (والرطبة لصاحبها) اذ لا اثر فيه لعمل العامل (ولو شرطا تنصيفها فسدت) لاشتراط الشركة فيما هو حاصل قبلها (ذكر مدة لايخرج الثمر فيها بان دفع الارض ليغرس فيها الكرم سنة او سنتين ببعض الخارج فانه يعلم قطعا ان الكرم لا يخرج الثمر فيها (يفسدها) لان المقصود بالمساقاة الشركة فى الخارج وهذا الشرط يمنع المقصود فيكون مفسدا للعقد (و) ذكر مدة قد يخرج) الثمر فيها (وقد لا) اى لا يخرج (لا) اى لا يفسدها لعدم العلم بفوت المقصود بل هو متوهم فى كل مزارعة ومساقاة بان يصطلم الزرع او الثمر آفة سماوية (فلو خرج) اى الثمر (فى وقت سمى فعلى الشرط) لصحت العقد (والا) اى وان لم يخرج فيه بل تأخر عنه (فسد العقد) اذ تبين انهما سميا مدة لا يخرج الثمار فيها ولو علم ذلك ابتداء كان العقد فاسدا فكذا اذا تبين انتهاء واذا فسد (فللعامل اجر المثل) كما فى المزارعة (تصح) اى المساقاة (فى الكرم والشجر والبقول واصول الباذنجان والنخل ولو) وصلية (فيه ثمر ان لم يدرك) حتى لو كان مدركا لم يصح العقد اذ لا يكون حينئذ لعمل العامل اثر (كالمزارعة) وعند الشافعى لا يجوز المساقاة الا فى النخيل

والكروم (دفع ارضا سنين معلومة على ان يغرسها اشجارا او تكون هى اى الاشجار (والارض بينهما نصفين فسدت) لاشتراطهما الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وهو الارض (فان غرسها) اى العامل الارض (غراسا من عنده فاخرجت ثمرا كان الكل لصاحب الارض وللغارس عليه قيمة غراسه واجر مثل عمله) لان صاحب الارض استأجر العامل ليجعل ارضه بستانا بآلات نفسه على ان يكون اجرة نصف البستان الذى يظهر بعمله والآلة له فيكون فى معنى قفيز الطحان المنهى عنه فيكون فاسدا ثم الغراس ملك للغارس وقد تعذر ردها عليه لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثل عمله لانه لا يدخل فى قيمة الغراس لتقومها بنفسها (تبطل) اى المساقاة (بموت احدهما ومضى مدتها والثمر نى) هذا قيد لصورتى الموت ومضى المدة وانما بطلت لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج ولو استأجره بدراهم بطلت الاجارة بموت احدهما فكذا اذا استأجره ببعض الخارج (فلو مات صاحب الارض فللعامل القيام عليه حتى يدرك الثمر وان) وصلية (كرهه ورثة صاحب الارض) لان فى انتقاض العقد بموته اضرارا بالعامل وابطالا لما كان مستحقا له بالعقد وهو ترك الثمار فى الاشجار الى وقت الادراك واذا انتقض العقد يكلف الجزاز قبل الادراك وفيه ضرر عليه واذا جاز نقض الاجارة لدفع الضرر فلان يجوز ابقاؤها لدفعه كان اولى (وان مات العامل فلورثته القيام عليه وان كرهه صاحب الارض) لانهم قائمون مقامه وفيه نظر للجانبين (وان ماتا فالخيار) فى القيام عليه او تركه (الى ورثة العامل) لقيامهم مقامه وقد كان له فى حيوته هذا الخيار بعد موت صاحب الارض فكذا يكون لورثته بعد موته (وان لم يمت احدهما بل انقضى مدتها) اى مدة المساقاة فالخيار للعامل ان شاء عمل على ما كان يعمل حتى يبلغ الثمر ويكون بينهما على السواء لان فى الامر بالجزاز قبل الادراك اضرارا بهما والضرر مدفوع كما مر (ولا تفسخ الا بعذر) كما فى الاجارات (ومنه كون العامل عاجزا عن العمل) فانه لو لم تفسخ لزمه استيجار الاجراء فيلحق به ضرر لم يلتزمه بعقد المساقاة وقد مر ان الضرر مدفوع (او كون العامل سارقا يخاف على ثمره) اى ثمر الشجر (او سعفه) السعف بالتحريك جمع سعفة وهى غصن النخل كذا فى الصحاح

❋) كتاب الدعوى (❋

اوردها عقيب المعاملات لانها تترتب عليها فى الوجود (هى) لغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره والفها للتأنيث فلاتنون وجمعها دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى وشرعا (مطالبة حق) من حقوق العباد عند من) وهو القاضى (له الخلاص) اى تخليصه من المدعى عليه (اذا ثبت والمدعى من اذاترك ترك) اى لايجبر على الخصومة اذاتركها ولما كان هذا متناولا للاغلب من المتنازعين فعلا احترز عنه بقوله (من المتنازعين قولا) ولما كان هذا متناولا للمتنازعين فى المباحثة احترز عنه بقوله (فى الحق) اى حق العبد (والمدعى عليه بخلافه) اى يجبر على الخصومة اذا تركها فانطبق الحد على المحدود وقداختلفت عبارات المشايخ فى حده والصحيح ما ذكر ههنا قيل المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعى قالوا هذا حد صحيح ولكن الشان فى معرفته لان العبرة للمعانى دون الصور والمبانى فان الكلام قد يوجد من الشخص فى صورة الدعوى وهو انكار معنى كالمودع اذاادعى رد الوديعة اوهلاكها فانه مدع صورة ومنكر لوجوب الضمان معنى ولهذا يحلفه القاضى اذاادعى رد الوديعة اوهلاكها انه لايلزمه رد ولاضمان ولايحلفه انه رده لان اليمين ابدا يكون على النفى (وركنها) اى الدعوى (اضافة الحق الى نفسه) ان كان اصيلا (او) الى (من ناب) اى المدعى (منابه) كما فى الوكيل واب الصغير ووصيه (عندالنزاع) متعلق باضافة الحق (واهلها) اى الدعوى (العاقل) خرج به المجنون (المميز) خرج به الصبى الغير المميز قال الاستروشنى فى جامع احكام الصغار الدعوى من الصبى المحجور عليه غير صحيحة اما الصبى المأذون له فدعواه صحيحة ان كان مدعيا وان كان مدعى عليه فجوابه ايضا صحيح (وشرط جوازها مجلس القاضى) فان الدعوى فى مجلس غيره لاتصح حتى لايجب على المدعى عليه جوابه (وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعى عليه حتى اذا امتنع عنه اجبره القاضى عليه (وانما تصح) اى الدعوى (اذا الزمت شيئا على الخصم بعد ثبوتها) والا كان عبثا لايقدم عليه عاقل (وعلم المدعى) عطف على الزمت اى صار مايدعيه معلوما وبين ذلك بقوله (فلو) كان ما يدعيه (منقولا فى يد الخصم ذكر) اى مدعيه (انه فى يده بغير حق) فان الشئ قد يكون فى يد غير المالك بحق كالرهن فى يد المرتهن والمبيع فى يد البايع لاجل قبض الثمن قال صدر الشريعة هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا

ادرى ماوجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اقول دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين احديهما ان دعوى الاعيان لاتصح الاعلى ذى اليد كما قال فى الهداية انما ينتصب خصما اذا كان فى يده والثانية ان الشبهة معتبرة يجب دفعها لاشبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربوا ملحقة بالحقيقة لاشبهة الشبهة اذاعرفتهما فاعلم ان فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها فى دعوى العقار باثباته بالبينة ليصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلاتعتبر واما اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لايحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها ليصح الدعوى الحمد لله الهادى الى سواء السبيل وحسبنا الله ونعم الوكيل (وطلب) عطف على ذكر (احضاره) اى احضار مايدعيه (ان امكن ليشار اليه فى الدعوى والشهادة) لان الاعلام باقصى مايمكن شرط وذا فى المنقولات بالاشارة لانها ابلغ اسباب التعريف حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى مثلا حضر الحاكم عندها او بعث امينا (و) ذكر (قيمته ان تعذر) اى احضاره ليصير المدعى معلوما لان الاعيان تتفاوت والشرط ان يكون الدعوى فى معلوم وقد تعذر مشاهدته فوجب ذكر قيمته لانها خلف عنه قال الفقيه ابو الليث يشترط مع ذكر القيمة ذكر الذكورة والانوثة وقال قاضيخان وصاحب الذخيرة ان كان العين غائبا وادعى انه فى يد المدعى عليه فانكر ان بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته (ولو قال غصبت منى عين كذا ولا ادرى قيمته قالوا تسمع) قال فى الكافى وان لم يبين القيمة وقال غصبت منى عين كذا ولا ادرى انه هالك اوقائم ولا ادرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لايعرف قيمة ماله فلو كلف بيان قيمته لتضرر به اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر ونكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافى لايكون كافيا الا بهذا التحقيق الحمد لله على التوفيق (ولو) كان مايدعيه (عقارا ذكر حدوده) الاربعة لتعذر التعريف بالاشارة لانه مما لاينقل فيصار الى التحديد لان العقار يعرف به (وكفى الثلثة) وقال زفر لا لان التعريف لايتم بها ولنا ان للاكثر حكم الكل (الا ان يغلط فى الحد الرابع) لان المدعى يختلف به بخلاف تركه (كذا الشهادة) اى كما يشترط التحديد فى الدعوى يشترط

فى الشهادة و ان ذكروا ثلثة من الحدود فى الشهادة قبلت شهادتهم عندنا خلافا لزفر وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره وفى الدار لابد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابى حنيفة وعندهما لايشترط لان الشهرة مغنية عنه وله ان قدرها لايصير معلوما الابالتحديد (و) ذكر ايضا (انه يطالبه) لان المطالبة حق المدعى فلابد من طلبه (و) ذكر ايضا (انه فى يد المدعى عليه) لانه انما يصير خصما بكونه فى يده (وهو) اى كونه فى يده (لايثبت بتصادقهما) على انه فى يده (بل) يثبت (بالبينة اوعلم القاضى) لاحتمال كون العقار فى يد غيرها وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد كما فى العمادية ادعى عينا فى يد رجل واراد احضاره فى مجلس الحاكم فانكر المدعى عليه ان يكون فى يده فجاء المدعى بشاهدين شهدا ان هذا العين كان فى يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة هل تسمع وهل يجبر المدعى عليه على احضاره بهذه البينة ام لا كانت واقعة الفتوى وينبغى ان تقبل لانه يثبت يده فى الزمان الماضى ولم يثبت خروجه من يده وقد وقع الشك فى زوال ذلك اليد فيثبت اليد مالم يوجد المزيل قال شمس الائمة الحلوانى ومن المنقولات مالم يمكن احضاره عند القاضى كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم والقاضى فيه بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان لم يتيسر له الحضور وكان مأذونا بالاستخلاف يبعث خليفته الى ذلك الموضع وهو نظير ما اذا كان القاضى يجلس فى داره ووقع الدعوى فى جمل ولايسع باب داره فانه يخرج الى باب داره او يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته وفى القدورى اذا كان المدعى شيئا يتعذر نقله كالرحى فالحاكم فيه بالخيار ان شاء حضره وان شاء بعث امينا كذا فى الذخيرة وذكر القاضى الامام ظهير الدين المرغينانى ان هذا انما يستقيم اذا كان العين المدعى فى المصر اما اذا كان خارج المصر كيف يقضى به القاضى والمصر شرط لجواز القضاء فى ظاهر الرواية فطريقه ان يبعث واحدا من اعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضى ثم بعد ذلك يمضى قضاه (ولو) كان مايدعيه (دينا فى الذمة ذكر جنسه) كالدراهم والدنانير و البر والشعير ونحوها (وقدره) كمائة والف وقفيز وقفيزين ونحوها فان الدين لايعرف الابذلك (و) ذكر ايضا (مطالبته به) لما مر انه حقه (واذا صحت) اى الدعوى (سأل القاضى عنها) ليتضح وجه الحكم اذ الحكم بالبينة يخالف الحكم بالاقرار ومعنى سؤاله

ان يقول ان خصمك ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول (فان اقر) اى الخصم (الزم) اى القاضى (بموجبه) لم يقل قضى او حكم لما قال فى الكافى ان اطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولايتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضى الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البينة على دعواه لان الاصل فى فصل الخصومة البينة (وان انكر) اى الخصم (سأل) اى القاضى (المدعى بينة) لان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قال للمدعى * الك بينة فقال لافقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على عدم البينة فلابد من السؤال عنها ليتمكن من الاستحلاف (فان اقام) اى البينة (قضى عليه) لانه نور دعواه بالبينة فهى فيعلة من البيان فانها دلالة واضحة يظهر بها الحق عن الباطل (والا) اى وان لم يقمها بل عجز عن اقامتها (حلفه) اى القاضى الخصم (بطلبه) اى طلب المدعى لان الحلف حقه ولهذا اضيف اليه بحرف اللام فى الحديث وجه كونه حقا له ان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهى الغموس ان كان كاذبا كما زعم وهو اعظم من اتواء المال و يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم ولابد ان يكون النكول فى مجلس القضاء لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولاعبرة لليمين عند غيره وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولايبطل حقه بيمينه لكن ليس له ان يخاصم مالم يقم البينة على وفق دعواه فان وجدها اقامها وقضى له بها و بعض القضاة من السلف كانوا لايسمعونها بعد اليمين و يقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلايقبل بينة المدعى وهذا القول ليس بشئ لان عمر رضى الله تعالى عنه قبل البينة من المدعى بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله تعالى يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لايظهر حتى لايعاقب عقوبة شاهد الزور ذكره الزيلعى (فان نكل) اى قال لا احلف (مرة او سكت بلا آفة) من طرش اوخرس فانه نكول حكما (وقضى صح) لان اليمين واجبة عليه لقوله عليه السلام واليمين على من انكر ترك هذا الواجب بالنكول دليل على انه باذل اومقر والا لاقدم على اليمين تقضيا عن عهدة الواجب ودفعا للضرر عن نفسه ببذل المدعى اوالاقرار به والشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فترجح هذا الجانب على جانب التورع

فى نكوله (وهو) اى القضاء (بعد عرض اليمين) اى عرض القاضى اليمين على الخصم بان يقول ان لم تحلف احكم عليك (ثلثا احوط) لاحتمال ان يحلف بعد مرة او مرتين (ولا عبرة بعد القضاء لقوله احلف) لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء (ويعتبر) اى قوله احلف (قبل الحكم ولو بعد العرض ثلثا) اذ لا يلزم فيه نقض القضاء ولا فساد آخر (ولا يرد اليمين على المدعى وان نكل خصمه) وعند الشافعى اذا لم يكن للمدعى بينة اصلا وحلف القاضى المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعى فان حلف قضى به والا انقطعت المنازعة بينهما لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه ان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشىء لانه صلى الله تعالى عليه وسلم قضى بشاهد ويمين وعندنا يستحلف المدعى عليه فقط ويقضى عليه بالنكول لقوله صلى الله عليه وسلم * البينة على المدعى واليمين على من انكر * ومطلق التقسيم يقتضى انتفاء مشاركة كل واحد منهما عن قسم صاحبه فيدل على ان جنس الايمان فى جانب المدعى عليه ولا يمين فى جانب المدعى اذ اللام فى اليمين للاستغراق ففى جعل الايمان حجة للمدعى فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار فى حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده كذا فى الكافى (ولو قال) اى المدعى عليه (لا اقر ولا انكر حبسه) اى القاضى (حتى يقر او ينكر) لانه ظالم فجزاؤه الحبس (ادعى) اى رجل على آخر (مالا فانكر) اى المدعى عليه (فاصطلحا على ان يحلف المدعى عليه ويبرأ من المال فالصلح باطل وهو) اى المدعى (على دعواه ان اقام بينة تسمع وان لم يقمها واستحلفه يحلفه القاضى لولا) اى لو لم يكن الحلف (الاول) حين الصلح (عنده) فان التحليف عند غير القاضى لا يعتبر كما ان النكول عند غيره لا يوجب الحق لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضى غير قاطعة (ولو) كان الحلف الاول (عنده كفى) ولا يحلفه ثانيا (كذا لو اصطلحا على ان المدعى لو حلف فالخصم ضامن وحلف) اى المدعى (لم يضمن) اى الخصم كذا فى العمادية (لا تحليف فى نكاح) بان ادعى رجل على امرأة او هى عليه نكاحا والآخر منكر (ورجعة) بان ادعت عليه او هو عليها بعد العدة انه راجعها فى العدة وانكر الآخر (وفىء ايلاء) بان ادعى المولى عليها او هى عليه بعد المدة

انه فاء فى المدة وانكر الآخر (واستيلاد) بان ادعت امة على سيدها انها ولدت منه هذا الولد او ولدت ولدا قد مات او اسقطت سقطا مستبين الخلق منه وانكر المولى ولا يتأتى من الجانب الآخر اذ لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يعتبر انكارها (ورق) بان ادعى على مجهول النسب انه عبده او ادعى المجهول انه عبده وانكر الآخر (ونسب) بان ادعى على مجهول النسب انه ابنه او هو يدعى عليه والآخر منكر (وولاء) بان ادعى على معروف الرق انه معتقه او مولاه او ادعى المعروف ذلك عليه او كان ذلك فى ولاء الموالاة والآخر منكر (وحد) سواء كان حدا هو خالص حق الله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر وحد السرقة او دائر بين الحقين كحد القذف حتى ان من ادعى على آخر انه قذفه وانكر القاذف لا يستحلف لان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا فالتحق بالحدود الخالصة لله تعالى واما فى السرقة فان السارق يستحلف لاجل المال اذا اراد المالك اخذ المال لا القطع فيقال له دع ذكر السرقة وادع تناول مالك فيكون لك عليه يمين قال فى النهاية لا يستحلف فى الحدود بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل يثبت العتق لا الزنا (ولعان) بان تدعى المرأة القذف بالزنا ووجوب اللعان وهو ينكر جميع ما ذكر قول ابى حنيفة وقالا يستحلف فيها كلها الا فى الحد واللعان لان هذه حقوق تثبت بالشبهات فيجرى فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان الحلف لما وجب فتركه دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لان النكول يعتبر من المأذون والمكاتب وهما لا يملكان البذل فيجعل مقرا ضرورة والاقرار يجرى فى هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة لانه سكوت فى نفسه والسكوت محتمل فلا يكون حجة فيما يسقط بالشبهات واللعان حد الازواج فاشبه حد القذف ولنا ان النكول بذل واباحة اذ لو حمل على الاقرار لكذبناه فى الانكار ولو جعل بذلا قطع الخصومة بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب وهذه حقوق لا يجرى فيها البذل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص فى النفس بخلاف الاموال وذلك لان المرأة لو قالت مثلا لا نكاح بينى وبينك ولكنى بذلت نفسى لك لم يصح كلامها وكذا سائر الامثلة فالحاصل ان كل محل يقبل الاباحة

بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله ومالافلاقال قاضيخان الفتوى على قولهما
وقيل ينبغى للقاضى ان ينظر فى حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه
ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله كذا فى الكافى
(وحلف السارق وان نكل ضمن ولم يقطع) لانه فى السرقة يدعى المال والحد
وايجاب الحد لايجامعه الشبهة بخلاف ايجاب المال فيثبت به كما يثبت بشهادة
رجل وامرأتين حيث لايثبت القطع ويضمن المال (كذا الزوج اذا ادعت
طلاقا قبل الدخول) يعنى اذا ادعت طلاقا قبل الدخول واستحلف الزوج (فان
نكل ضمن نصف مهرها) عندهم لان الاستحلاف يجرى فى الطلاق اتفاقا
خصوصا اذا كان المقصود المال لانه دعوى المال حقيقة فيثبت بنكوله المال
لاالنكاح (و) كذا (النسب اذاادعى حقا) يعنى يحلف فى دعوى النسب اذا
ادعى حقا (كارث ونفقة) بان ادعى رجل على رجل انه اخوه مات ابوهما وترك
مالافى يدالمدعى عليه اوطلب من القاضى فرض النفقة على المدعى عليه بسبب
الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف برئ وان نكل قضى
بالمال والنفقة لاالنسب (وحجر فى اللقيط) بان كان صبى فى يد رجل التقطه
وهو لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة حرة الاصل انه اخوها تريد قصر يد
الملتقط لمالها من حق الحضانة وارادت استحلافه فنكل يثبت به لها حق نقل
الصبى الى حجرها ولا يثبت النسب (وعتق بالملك) بان ادعى عبد على مولاه انه معتق
لانه اخوه واستحلفه فان حلف برئ وان نكل قضى بالعتق لاالنسب (وامتناع
الرجوع فى الهبة) بان اراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له انا اخوك
فان المدعى عليه يستحلف على مايدعى من النسب بالاجماع (فان نكل فى الصور
المذكورة ثبت الحق) يعنى الارث والنفقة والحجر والعتق وامتناع الرجوع
لاالنسب ان كان) اى النسب (نسبالايصح الاقرار به والا) اى وان كان نسبا
يصح الاقراربه (فعلى الخلاف) يعنى يستحلف فى النسب المجرد عندهما اذا كان
نسبا يثبت باقراره بيانه ان اقرار الرجل يصح بالاب والابن والزوجة والمولى
واقرار المرأة يصح بالاب والزوج والمولى ولايصح بالابن اذ فيه تحميل النسب
على الغير فكان اقرارا على الغير فلايصح فلو ادعى رجل انه ابوه اوابنه ولم يدع
مالم يستحلف عندهما لانه لواقر به يثبت فيستحلف لرجاء النكول الذى
هواقرار وان ادعى انه اخوه اوعمه اونحو ذلك لا يستحلف المدعى عليه
لانه لواقر به لايثبت لان فيه تحميل النسب على الغير (يحلف منكر القود)
يعنى ادعى على غيره قصاصا فى النفس اوفى ما دونها فانكر استحلف اجماعا

(فان نكل فى النفس) لم يقض بقتل ولادية بل (حبس حتى يقر او يحلف
وفيمادونها يقتص) عند ابى حنيفة وعندهما يلزمه الدية فيهما ولايقضى
بالقصاص لان القصاص فيمادون النفس عقوبة تندرئ بالشبهات ولايثبت
بالنكول كالقصاص فى النفس لان النكول وان كان اقرارا عندهما ففيه
شبهة العدم لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لايكون
اقرارا بل يكون بذلا واذا امتنع القود يجب الدية وله ان الطرف محل البذل
فيستوفى بالنكول كالمال فان الاطراف يسلك بها مسلك اموال لانها خلقت
وقاية للنفس كالمال فيجرى فيها البذل بخلاف الانفس (ويحلف فى التعزير)
يعنى اذا ادعى على آخر ما يوجب التعزير واراد تحليفه اذا انكر فالقاضى
يحلفه لان التعزير محض حق العبد ولهذا يملك العبد اسقاطه بالعفو ولايمنع
الصغر وجوبه ومن عليه التعزير اذا مكن صاحب الحق منه اقامه ولو كان
حق الله تعالى لكان هذه الاحكام على عكس هذا والاستحلاف يجرى
فى حقوق العباد سواء كانت عقوبة اومالا (فان نكل عزر) لان التعزير يثبت
بالشبهات فجاز ان يقضى فيه بالنكول (قال) اى المدعى (لى بينة حاضرة فى المصر
واستحلف الخصم لايحلف) قيد بالمصر لانها اذا حضرت فى مجلس الحكم
لايحلف اتفاقا كذا فى النهاية (ويكفل بنفسه ثلثة ايام) لئلا يغيب ويبطل حق
المدعى ويجب ان يكون الكفيل معروف الدار لتحصيل فائدة التكفيل فلابد
للتكفيل من قوله لى بينة حاضرة فى المصر حتى لوقال لابينة لى اوشهودى غيب
لايكفل اذلافائدة فيه (فان ابى ان يعطيه كفيلا لازمه) اى دار معه حيث سار
حتى لايغيب (و) لازم (الغريب) ان كان الخصم غريبا (ولايكفل) اى الغريب
(الاالى آخر المجلس) لان فى اخذ الكفيل والملازمة زيادة على قدر المجلس
اضرارا بالغريب لمنعه عن السفر ولاضرر فى هذا القدر ظاهرا (والحلف بالله
تعالى) دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم لاتحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت
فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر (لا الطلاق والعتاق) لمارويناه
(الا اذا الح الخصم) يعنى جاز للقاضى ان يحلفه بالطلاق والعتاق لقلة المبالات
باليمين بالله تعالى فى زماننا (لكن اذا نكل لايقضى واذاقضى لم ينفذ)
ذكره الزيلعى وشراح الهداية (ويغلظ) اى اليمين (بصفاته تعالى) كان يقول
القاضى قل والله الذى لااله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم
الذى يعلم من السر مايعلم من العلانية مالفلان هذا عليك ولاقبلك هذا المال

الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولاشئ منه وللمحلف ان يزيد فى التغليظ على هذا وان ينقص منه لكنه يحتاط فلا يذكر بلفظ الواو لئلا يتكرر عليه اليمين اذ اللازم عليه يمين واحدة وله ان لا يغلظ و يقول بالله اووالله لان المقصود منه النكول واحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين و يتجاسر اذا لم يغلظ فكان الرأى فيه الى القاضى وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ فى الخطير من المال لا الحقير (لا) اى لا يغلظ (بالزمان والمكان) وعند الشافعى يغلظ بهما اما الاول فبان يكون بعد صلوة العصر يوم الجمعة واما الثانى فبان يكون فى المسجد الجامع عند المنبر (وحلف اليهودى بالله الذى انزل التورية على موسى والنصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى والمجوسى بالله الذى خلق النار) فيغلظ على كل واحد بما يعتقد تغليظ اليمين به ليكون رادعا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة وعن ابى حنيفة انه لا يحلف احد الا بالله خالصا تفاديا عن تشريك الغير معه فى التعظيم وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لما فى ذكر النار فى اليمين تعظيم النار لان اليمين يشعر به ولا ينبغى ان يعظم النار بخلاف التورية والانجيل لان كتب الله تعالى واجب التعظيم (ولا) يحلف (الوثنى) الا (بالله) اذ الكفرة كلهم مع افتراق نحلهم يقرون بالله تعالى قال الله تعالى * ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله * كذا فى الكافى ولا يحلفون فى معابدهم) لان فيه تعظيمها (و يحلف على الحاصل فى سبب يرتفع كالبيع والنكاح والطلاق والغصب والتعزير) و بين التحليف بقوله (بالله ما بينكما بيع قائم او نكاح قائم الان او ماهى بائن منك الان او ما يجب عليك رده الان او ما يجب عليك حق التعزير الان لا) اى لا يحلف (على السبب) و بينه بقوله (ما بعته ونحوه اى ما نكحتها وما طلقتها او ما غصبته وما شتمته الاصل ان الدعوى اذا وقعت فى سبب يرتفع بعد وقوعه كالبيع ونظائره فان اليمين يكون على الحاصل لا على السبب عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى اذا ادعى انه ابتاع من هذا عبدا بالف فجحد حلف بالله ما بينكما بيع قائم ولا يحلف بالله ما بعت فلعله باع ثم اقال كذا النكاح وغيره ثم التحليف على الحاصل لا على السبب هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع (الا اذا كان فيه) اى فى الحلف على الحاصل (ترك النظر للمدعى فيحلف على السبب) اجماعا (كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة) فانه اذا ادعى شفعة بالجوار والمشترى ممن لا يراها بان كان شافعيا فانه يحلف على السبب اذ لو حلف على الحاصل بالله ما هو مستحق للشفعة يصدق فى يمينه

فى اعتقاده فيفوت النظر فى حق المدعى وكذا اذا ادعت مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها لكونه شافعيا فانه يحلف على السبب اذ لو حلف على الحاصل بالله ما لها عليك النفقة يصدق فى يمينه فى اعتقاده فيفوت النظر فى حق المدعى (و يحلف على سبب لا يرتفع) برافع بعد ثبوته لا على الحاصل اجماعا (كعبد مسلم يدعى عتقه) فانه اذا ادعى عتقه على مولاه و جحد المولى يحلف على السبب بالله ما اعتقه لعدم الضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود الرق بعد العتق مسلما (بخلاف الامة والعبد الكافر) حيث يحلف فيهما على الحاصل اى ماهى حرة او ماهو حر فى الحال لامكان تكرر الرق على الامة بالردة واللحاق والسبى وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم (استحلف خصمه فقال حلفتنى مرة فاقام البينة تقبل) يعنى ادعى على آخر مالا فانكر واراد المدعى تحليفه فقال المدعى عليه انك حلفتنى على هذه الدعوى عند قاضى بلد كذا فانكر المدعى ذلك فاقام المدعى عليه بينة على ذلك تقبل (ولولاها) اى ان لم يكن له بينة (واستحلفه) اى اراد تحليف المدعى (جاز) اى تحليفه (قال) اى المدعى (لا بينة لى ثم برهن او لا شهادة لى ثم شهد) معنى الاول ان يقول المدعى ليس لى بينة على دعوى هذا الحق ثم جاء بالبينة ومعنى الثانى ان يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندى فى حق بعينه ثم شهد به (فيه روايتان) فى رواية لا تقبل لظاهر التناقض وفى رواية تقبل (والاصح القبول) لجواز ان يكون له بينة او شهادة فنسيها ثم ذكرها او كان لا يعلمها ثم علمها (قيل تقبل ان وفق وفاقا) ذكره فى الملتقط (كذا اذا قال لا دفع لى ثم اتى بدفع) اى فيه روايتان وقيل لا يصح دفعه اتفاقا لان معناه ليس لى دعوى الدفع ومن قال لا دعوى لى قبل فلان ثم ادعى عليه لا تسمع كذا ههنا و بعضهم قال يصح وهو الاصح لان الدفع يحصل بالبينة على الدفع لا بدعوى فيكون قوله لا دفع لى بمنزلة قوله لا بينة لى كذا فى العمادية (النيابة تجرى فى الاستحلاف) يعنى يجوز ان يكون الشخص نائبا عن آخر له حق على غيره فى طلب اليمين عن المدعى عليه اذا عجز عن اقامة البينة (لا الحلف) يعنى لا يجوز ان يكون شخص نائبا عن شخص آخر توجه عليه اليمين ليحلف من قبله وفرع على الاول بقوله (فالوكيل والوصى والمتولى واب الصغير يستحلف) اى يطلب الحلف من الخصم (ولا يحلف) اى واحد من الوكيل وغيره (الا اذا صح اقراره)

اى اقرار واحدمنهم (على الاصيل كالوكيل بالبيع او الخصومة فى الرد بالعيب) فان الوصى اذا خوصم فى عيب بعين باعه للصغير لايستحلف والوكيل بالبيع او الخصومة فى الرد بالعيب من جهة المالك يستحلف لان اليمين لرجاء النكون ولو اقر الوصى صريحا لايصح فلذا لايستحلف فاما الوكيل فاقراره صحيح على الموكل فكذا نكوله (التحليف على فعل نفسه) يكون (على البتات) اى انه ليس كذلك والبتات القطع (و) التحليف على (فعل غيره) يكون (على العلم) اى انه لايعلم انه كذلك وجه الاول ظاهر واما وجه الثانى فلانه لايعلم مافعل غيره ظاهرا فلو حلف على البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به فطولب بالعلم فاذا لم يقبل مع الامكان صار باذلا اومقرا هذا اصل مقرر عند ائمتنا وكان الامام فخر الاسلام يزيد عليه حرفا وهو ان التحليف على فعل غيره على العلم (الا اذا كان) اى فعل الغير (شيئا يتصل به) اى بالحالف وفرع عليه بقوله (فاذا ادعى سرقة العبد او اباقه يحلف) اى البايع (على البتات مع) انه فعل الغير يعنى ان مشترى العبد اذا ادعى انه سارق او آبق واثبت اباقه او سرقته فى يد نفسه وادعى انه ابق او سرق فى يد البايع واراد التحليف يحلف البايع بالله ما ابق بالله ما سرق فى يدك وهذا تحليف على فعل الغير وانما صح (لان تسليمه) اى تسليم البايع المبيع (سليما) عن العيوب (واجب عليه) اى البايع فالتحليف يرجع الى ما ضمن البايع بنفسه فيكون على البتات واذا ادعى سبق الشراء) تفريع على قوله وعلى فعل غيره على العلم يعنى اذا اشترى زيد من عمرو شيئا ثم ادعى بكر انه اشتراه قبله وعجز عن البينة (يحلف خصمه وهو بكر (على العلم) اى انه لايعلم انه اشتراه قبله لما مر (كذا ادعى دينا او عينا على وارث) اما الاول فبان يقول رجل لآخر ان لى على مورثك الف درهم فمات وعليه الدين واما الثانى فبان يقول ان هذا العبد الذى ورثت من فلان ملكى وبيدك بغير حق ولا بينة لواحد منهما فان الوارث (يحلف على العلم لا البتات) لما ذكر اشارة الى قوله واما الثانى فلانه (اذا علم القاضى كونه ميراثا واقر به المدعى او برهن الخصم عليه) كذا فى العمادية (ولو ادعاهما) اى الدين والعين (الوارث على غيره (يحلف) اى المدعى عليه (على البتات) لا العلم لما ذكر اشارة الى قوله وجه الاول (كالموهوب له والمشترى) اى لو وهب رجل لرجل عبدا فقبضه او اشترى رجل من رجل عبدا فجاء رجل وزعم ان العبد عبده ولا بينة له فاراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات (ادعى رجل منكوحة الغير

انها) منكوحة (ولا بينة له) اى للمدعى (يحلف الزوج على العلم) اى لايعلم انها منكوحته (فان حلف انقطع النزاع وان نكل حلفت) اى المرأة (على البتات) اى انها ليست امرأته (فان نكلت قضى بنكاح المدعى) كذا فى العمادية اعلم ان كل موضع وجب فيه اليمين على البتات فحلف على العلم لايكون معتبرا حتى لايقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وكل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر بخلاف العكس ذكره الزيلعى (ادعى اشياء مختلفة يحلف على الكل مرة) فى العمادية ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة ولم يذكر قيمة كل عين على حدة اختلف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى بالاجمال وهو الاصح لان المدعى لو ادعى غصب هذه الاعيان لايشترط لصحة الدعوى بيان القيمة لكل ان ادعى ان الاعيان قائمة فى يده يؤمر باحضارها فتقبل البينة بحضرتها وان قال انها قد هلكت فى يده او استهلكها وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم تكن له بينة حلف على الكل مرة لان وجوب التحليف مبنى على صحة الدعوى وقد صحت فوجب على الكل مرة (اقر بدين او غيره ثم قال كنت كاذبا فى اقرارى حلف المقر له انه) اى المقر (لم يكن كاذبا فيه ولست بمبطل فى دعواك عليه) عند ابى يوسف وهو الاستحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد ووجه الاستحسان ان العادة جرت من الناس انهم اذا ارادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر والمدعى لايضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه ذكره الزيلعى (صح فداء اليمين والصلح منه) يعنى اذا ادعى رجل على آخر مالا فانكر فاستحلف فافتدى يمينه بمال او صالح عن يمينه على مال صح لما روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف وعن حذيفة رضى الله تعالى عنه انه افتدى يمينه بمال ولانه لو حلف وقع فى القيل والقال فان بعض الناس يصدق وبعضهم يكذب فاذا افتدى يمينه صان عرضه وهو حسن قال عليه الصلوة والسلام * ذبوا عن اعراضكم باموالكم (ولا يحلف بعده) اى ليس للمدعى ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط خصومته باخذ البدل منه

بخلاف ما اشترى بمينه بعشرة دراهم مثلا حيث لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ابست بمال كذا فى العناية

)باب التحالف(

(اختلفا) اى المتبايعان (فى قدر الثمن) بان ادعى المشترى ثمنا وادعى البايع اكثر منه (اووصفه) بان ادعى البايع انه بدراهم رايجة وادعى المشترى انه بدراهم كاسدة (اوجنسه) بان ادعى البايع انه بالدنانير وادعى المشترى انه بالدراهم (او) اختلفا (فى قدر المبيع) بان اعترف البايع بقدر من المبيع وادعى المشترى اكثر منه (حكم لمن برهن) اى ايهما اقام البينة حكم له لانه نور دعواه بالحجة فبقى فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى لانها تلزم على القاضى الحكم والدعوى لاتلزم (وان برهنا حكم لمثبت الزيادة لان البينات للاثبات ومثبت الاقل لايعارض مثبت الاكثر (وان اختلفا فيهما) اى الثمن والمبيع جميعا بان قال البايع بعت العبد الواحد بالفين وقال المشترى لابل بعت العبدين بالف (فحجة البايع فى الثمن والمشترى فى المبيع اولى) لان حجة البايع فى الثمن اكثر اثباتا وحجة المشترى فى المبيع اكثر اثباتا (وان عجزا) اى ان لم يكن لكل منهما بينة (قيل للمشترى اما ان ترضى بالثمن الذى يدعيه البايع والافسخنا البيع وقيل للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع و لافسخنا البيع) لان الغرض قطع الخصومة وقد امكن ذلك برضاء احدهما بما يدعيه الآخر فيجب ان لايعجل القاضى بالفسخ حتى يسأل كلا منهما بما يختاره (وان لم يرضيا بدعوى احدهما تحالفا) اى استحلف القاضى كلا منهما على دعوى الآخر اصله ان التحالف قبل القبض حال قيام السلعة على وفق القياس لان البايع يدعى على المشترى زيادة الثمن والمشترى ينكر والمشترى يدعى على البايع وجوب تسليم المبيع بما ادعاه ثمنا والبايع ينكر فكان كل منهما منكرا وتحليف المنكر موافق للقياس اما التحالف بعد القبض فعلى خلاف القياس عند ابى حنيفة وابى يوسف لان المبيع سلم للمشترى فلايكون مدعيا على البايع شيئا فبقى دعوى البايع على المشترى زيادة الثمن وهو ينكر فيكتفى بحلفه وانما ثبت التحالف بعد القبض لقوله عليه الصلوة و السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا (و بدأ بيمين المشترى) لانه اقواهما انكارا لانه المطالب اولا بالثمن فيكون هو البادى بالانكار فيبدأ بيمينه (لو سلعة بثمن)

اى هذا

اى هذا اذا كان بيع عين بدين (والا) اى وان لم يكن كذلك بل بيع عين بعين حتى يكون مقايضة بعين او ثمن بثمن حتى يكون صرفا بثمن (فبايهما شاء) اى بدأ القاضى بيمين ايهما شاء لاستوائهما فى فائدة النكول وصفة التحالف ان يحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ويحلف البايع بالله ما باعه بالف (وفسخه القاضى) اى فسخ القاضى البيع بينهما (بطلب احدهما) اوطلبهما (ولاينفسخ) وقيل ينفسخ التحالف والصحيح هو الاول لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل منهما فبقى بيعا بثمن مجهول و يفسخه القاضى قطعا للمنازعة بينهما وفرع عليه ما ذكر فى المبسوط بقوله (فلو وطئ المشترى الجارية المبيعة بعد التحالف وقبل الفسخ يحل) اى وطئه لانها لم تخرج عن ملكه ما لم يفسخ القاضى (ومن نكل) عن اليمين من المتبايعين (لزمه دعوى الاخر بالقضاء) لانه صار مقرا بما يدعيه الآخر او باذلا له (لاتحالف فى اصل البيع والاجل وشرط الخيار وقبض بعض الثمن ومكان دفع المسلم فيه وحلف المنكر) اى منكر البيع والاجل وغيرهما لان هذا اختلاف فى غير المبيع والثمن فاشبه الاختلاف فى الحط والابراء بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر (ولا بعد هلاك المبيع اوخروجه عن ملكه اوتغيره بالعيب يعنى اذا هلك المبيع اوخرج عن ملكه او تغير بحدوث العيب) عنده وصار بحال لايقدر على رده بالعيب ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند ابى حنيفة وابى يوسف (بل القول للمشترى) وعند محمد والشافعى يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة الهالك لان كلا منهما يدعى حقا ينكره الآخر فيتحالفان ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع مخالف للقياس فلايتعدى الى حال هلاك السلعة (كذا بعضه) اى اذا هلك بعض المبيع اوخرج عن ملكه ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا (الا ان يرضى البايع بترك حصة الهالك) اى عدم اخذ شئ من ثمن الهالك وجعل العقد كان لم يكن الا على القائم (ولا فى بدل الكتابة) اى ولا تحالف ايضا بين المولى والمكاتب اذا اختلفا فى قدر بدل الكتابة لان التحالف يكون فى المعارضات عند تجاحد الحقوق اللازمة و بدل الكتابة غير لازم لجواز العجز واذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول قول العبد مع يمينه لانكاره الزيادة وان اقاما البينة فبينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة (و) لا فى (رأس المال بعد اقالته) اى اذا قالا عقد السلم واختلفا فى رأس المال لم يتحالفا اذ لو تحالفا

ينفسخ الاقالة ويعود السلم وهو لايجوز لان اقالته اسقاط الدين والساقط لايعود (بل صدق المسلم اليه لو حلف) لان رب السلم يدعى عليه زيادة وهو ينكر (ولايعود السلم) لما ذكر ان الساقط لايعود (بخلاف البيع) يعنى اذا اختلفا فى قدر الثمن بعد الاقالة وقبل قبض المبيع بحكمهما تحالفا وعاد البيع والفرق ان الغرض من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل منهما الى اصل ماله واليه الاشارة بقوله صلى الله عليه وسلم تحالفا وترادا والتحالف فى الاقالة فى السلم لايفيد هذا الغرض لان الاقالة فى السلم بعد نفاذها لاتحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ حتى لو تقالا نقضنا الاقالة لاتنتقض فلا تحتمل الفسخ ايضا لما مر ان الساقط لايعود واما الاقالة فى البيع فمما يحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ حتى لو تقالا نقضنا الاقالة تنتقض فاحتملت الفسخ بالتحالف ايضا لانتفاء المانع هنا لان ملك العين يحتمل العود (اختلفا فى قدر المهر قضى لمن برهن) اى اقام البينة لانه نور دعواه بها وهى كاسمها مبينة (وان برهنا فلها) اى قضى للمرأة (ان شهد مهر المثل له) اى للزوج بان كان مثل مايدعيه الزوج او اقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر (و) قضى (له) اى للزوج (ان شهد) اى مهر المثل (لها) بان كان مثل ماتدعيه او اكثر لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر (وان لم يشهد) اى مهر المثل (لهما) اى لواحد منهما بان كان اقل مما ادعته واكثر مما ادعاه (تهاترا) اى تساقطا لاستوائهما فى الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون احدهما اولى من الآخر (وان عجزا) عن البرهان (تحالفا وايهما نكل لزمه دعوى الآخر) لانه صار مقرا بما يدعيه خصمه او باذلا (ولاينفسخ النكاح) لان يمين كل منهما يبطل مايدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وهو لايفسد النكاح اذ المهر تابع فيه بخلاف البيع فان عدم تسمية الثمن يفسده كما مر فى البيوع ويفسخه القاضى قطعا للمنازعة بينهما (بل يحكم مهر المثل) اى يجعل حكما (فيقضى بقوله) اى الزوج (لو) كان مهر المثل (كما قال او اقل منه ويقضى بقولها لو) كان مهر المثل (كما قالت او اكثر منه وبه) اى يقضى بمهر المثل (لو) كان مهر المثل (بينهما) بان كان اكثر مما قاله واقل مما قالت اذ لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه للتحالف (اختلفا فى بدل الاجارة) بان ادعى الموجر انه آجره شهرا بعشرة دراهم وادعى المستأجر انه استأجره بخمسة (او المنفعة) بان ادعى الموجر انه

آجره شهرا وادعى المستأجر انه استأجره شهرين (قبل قبضها) اى قبض المنفعة (او) اختلفا (فيهما) اى فى بدل الاجارة والمنفعة معا (تحالفا وترادا) لم يذكر الاجل لعدم جريان التحالف فيه بل القول لمنكر الزيادة ذكره فى النهاية ووجه التحالف ان الاجارة قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع فى كون كل من المتعاقدين يدعى على الآخر وهو ينكر وكون كل من العقدين معاوضة يجرى فيها الفسخ فالحقت به واعترض بان قيام المعقود عليه شرط لصحة التحالف والمنفعة معدومة واجيب بان الدار مثلا اقيمت مقام المنفعة فى حق ايراد العقد عليها فكانها قائمة تقديرا (وحلف المستأجر اولا لو اختلف فى الاجرة و) حلف (الموجر لو) اختلف (فى المنفعة واى نكل ثبت قول الآخر واى برهن قبل وان برهنا فحجة الموجر اولى لو اختلف (فى الاجرة و) حجة (المستأجر اولى لو) اختلف (فى المنفعة) نظرا الى زيادة الاثبات (وحجة كل فى زائد يدعيه) اولى (لو) اختلف (فيهما) اى فى الاجرة والمنفعة بان ادعى الموجر شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة (ولاتحالف) لو اختلف (بعد قبض المنفعة والقول للمستأجر) مع يمينه لان جريان التحالف لاجل الفسخ والمنافع المستوفاة لايمكن فسخ العقد فيها (وبعد قبض بعضها) اى المنفعة (تحالفا وفسخت) اى الاجارة (فيما بقى والقول للمستأجر فيما مضى) لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه ابتداء فصار ما بقى من المدة كالمنفرد بالعقد فيتحالفان عليه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لان كل جزء منه ليس بمعقود عليه عقدا مبتدأ بل الجملة معقودة بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ فى بعضه بالهلاك تعذر فى كله ضرورة (اختلف الزوجان فى متاع البيت سواء قام النكاح بينهما (اولا) وادعى كل منهما ان المتاع كله له ولابينة له (فالقول لكل منهما فيما يصلح له) يعنى ان القول فيما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والدرع والقوس والنشاب ونحوها قول الزوج مع يمينه بشهادة الظاهر له وفيما يصلح للنساء كالدرع والخمار وثياب النساء وحليهن ونحوها قول المرأة مع يمينها لان الظاهر شاهد لها (الا اذا كان كل منهما يفعل او يبيع مايصلح للآخر (الا ان يكون الرجل صايغا وله اساور وخواتم النساء

والحلى والخلخال ونحوها فلا يكون لها وكذا اذا كانت المرأة دلالة تبيع ثياب الرجال اوتاجرة تتجر فى ثياب الرجال والنساء او ثياب الرجال وحدها كذا فى شروح الهداية (و) القول (له) اى للرجال (فيما يصلح لهما) كالفرش والامتعة والاوانى والرقيق والمنزل والعقار والمواشى والنقود لان المرأة وما فى يدها فى يد الزوج واذا تنازع اثنان فى شئ وهو فى يد احدهما كان القول له كذا هنا بخلاف ما يختص بها لان لها ظاهرا آخر اظهر من اليد وهو يد الاستعمال فجعل القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى وهذا اذا كانا حيين (فان مات احدهما فالمشكل للحى بيمينه) حرا كان اورقيقا اذ لا يد للميت فبقيت يد الحى بلا معارض هكذا ذكر فى الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلوانى وقاضيخان وقال شمس الائمة السرخسى فى الجامع الصغير وقع فى بعض النسخ للحى منهما وهو سهو وفى الرواية محمد والزعفرانى للحر منهما بالراء (ولو كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر فى الحيوة لان يد الحر اقوى (وللحى فى الموت) اذ لا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض وهذا عند ابى حنيفة وقالا العبد المأذون والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب فى شئ هو فى ايديهما يقضى بينهما لاستوائهما فى اليد بخلاف ما لو كان محجورا حيث يقضى به للحر اذ لا يد له

)* فصل *(

فيمن يكون خصما ومن لا يكون (قال المدعى عليه هذا الشئ اودعنيه زيد او آجرنيه اورهننيه اواعارنيه اوغصبته وبرهن عليه دفعت خصومة المدعى) يعنى ادعى رجل عبدا فى يد رجل انه له فقال ذواليد هو لفلان الغائب اودعنيه الى آخر ماذكر فاقام على ذلك بينة اواقام بينة ان المدعى اقر انه لفلان اندفع عنه خصومة المدعى لانه يثبت ببينته انه وصل اليه من جهة فلان وان يده ليست يد خصومة وقال ابن شبرمة لا يخرج من الخصومة باقامة البينة لانه خصم بيده فصار مناقضا فى دفع الخصومة عن نفسه وقال ابن ابى ليلى يخرج منها بمجرد قوله بغير بينة اذ لا تهمة فيما يقربه على نفسه وقال ابو يوسف ان كان ذواليد رجلا صالحا يندفع عنه الخصومة اذا اقام البينة وان كان معروفا بالحيل لا تندفع رجع اليه حين ابتلى بالقضاء وعرف احوال الناس فقال المحتال من الناس قد يأخذ مال انسان

غصبا ثم يدفعه سرا الى مريد سفر ويودعه بشهادة الشهود حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت ملكه فيه اقام ذواليد بينة على ان فلانا اودعه فيبطل حقه وقال محمد لا تندفع اذا قالوا نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه وقال ابو حنيفة تندفع (ان قال الشهود نعرفه باسمه ونسبه اوبوجهه) لان ذى اليد يحتاج الى دفع الخصومة عن نفسه وانما تندفع اذا اثبت ان يده ليست يد ملك وخصومة وقد حصل ذلك لانه اثبت ببينته انه ليس بخصم لهذا المدعى فانا نعلم ان مودعه ليس هذا المدعى اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه (وان قالوا اودعه من لا نعرفه لا) اى لا يكون دفعا لاحتمال ان يكون المودع هذا المنازع (كما) (وقال) اى ذواليد (شريته من الغائب) حيث لا يندفع الخصومة لانه بزعمه ان يده يد ملك صار معترفا بكونه خصما (اوقال المدعى غصبته اوسرقته اوسرق منى) حيث لا يندفع به الخصومة (وان) وصلية (برهن ذواليد على ايداع زيد) اما الاولان فلان المدعى انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده فلا يندفع دعواه باحالة الملك الى غيره لانه لم يدع الملك عليه بل ادعى الفعل عليه وهو الغصب اوالسرقة واما الثالث ففيه خلاف محمد حيث قال تندفع به لانه لم يدع الفعل عليه بل ادعى الفعل على مجهول وهى باطلة فالتحقت بالعدم فبقى دعوى الملك ولهما ان هذا كتعيين ذى اليد للسرقة ولو عينه لم تندفع كذا هنا لان ذلك الفعل يستدعى فاعلا والظاهر انه الذى فى يده وانما ابهمه درأ للحد فنزل ذلك منزلة تعيينه (بخلاف غصب منى) على البناء للمفعول حيث يندفع به الخصومة اذ لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فاقام البينة على الملك تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذى اليد فقط (ولو قال اشتريته من زيد وقال ذواليد هو) اى زيد (اودعنى دفعت) اى الخصومة (بلا حجة) لتصادقهما على ان اصل الملك فيه لزيد فالظاهر ان وصوله الى يد ذى اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة بل يد نيابة والدعوى انما تصح على من يكون له يد ملك (الا اذا برهن) المدعى (ان زيدا وكله بقبضه) فيصح دعواه لانه يثبت بحجته انه احق بامساكه فان طلب المدعى يمينه على ما ادعى من الايداع حلف على البتات اقول هكذا وقعت العبارة فى الكافى والظ ان يقع التوكيل موقع الايداع ويكون المعنى فان طلب مدعى الايداع يمين مدعى التوكيل بناء على ما ادعى من الايداع وعجز عن اقامة البرهان عليه حلف على البتات يعنى على عدم توكيله اياه لا على عدم علمه بتوكيله اياه فتدبر (ولو قال ذواليد اودعنى وكيله لم يصدق الا ببينة) لان الوكالة لا تثبت بقوله

) باب دعوى الرجلين (

(حجة الخارج فى الملك المطلق اولى من حجة ذى اليد) لان الخارج هو المدعى والبينة بينة المدعى بالحديث كما مر وفيه خلاف الشافعى فاذا نكل المدعى عليه قضى بالمال عليه للمدعى خلافا له قيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقى الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان فى هذه الصور يقبل بينة ذى اليد بالاجماع كما سيأتى (الا اذا ارخا وذو اليد اسبق) لان للتاريخ عبرة عند ابى حنيفة فى دعوى مطلق الملك اذا كان من الطرفين وهو قول ابى يوسف الآخر وقول محمد اولا وعلى قول ابى يوسف اولا وهو قول محمد آخرا لاعبرة له بل يقضى للخارج (ادعى ان هذا العبد لى غاب عنى منذ شهر وقال ذو اليد لى منذ سنة يقضى للمدعى) ولا يلتفت الى بينة المدعى عليه لان ماذكر المدعى تاريخ غيبة العبد عن يده لا تاريخ ملكه فكان دعواه فى الملك مطلقا خاليا عن التاريخ وصاحب اليد ذكر التاريخ لكن التاريخ حالة الانفراد لا يعتبر عند ابى حنيفة فكان دعوى صاحب اليد دعوى مطلق الملك كدعوى الخارج فيقضى ببينة الخارج (برهنا) اى الخارجان (على ما فى يد آخر) يعنى ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل منهما يزعم انها له واقام البينة (قضى به لهما) بطريق الاشتراك بينهما لما روى ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ناقة واقامة كل منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين (و) برهنا (على الشراء منه) اى من آخر (فلكل نصفه بنصف ثمنه او تركه) يعنى اذا كان عبد فى يد رجل ادعى اثنان كل منهما انه اشتراه منه واقاما بينة بلا توقيت فكل منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذى شهد به البينة ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان دفعه لاستوائهما فى الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما فى الملك المطلق واقاما البينة وان شاء ترك لان شرط العقد الذى يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه ولعل رغبته فى تملك الكل فلم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن (وبترك احدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) يعنى اذا قضى القاضى بينهما بنصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود الا بتجديده ولم يوجد وذكر بعض الشارحين ناقلا عن

مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده انه لا خيار وهو الظاهر كذا فى العناية وهو) اى ما ادعاه شخصان (للسابق ان ارخا) اى ان ذكر كل منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به (ولذى يد ان لم يورخا) اى ان لم يذكرا تاريخا لكنه فى يد احدهما فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وتحقيقه يتوقف على مقدمتين احديهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان ما مع البعد بعدية زمانية فهو بعد اذا تقررتا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما فى الحال وقبض القابض مبنى على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المقدم اولى (او ارخ احدهما) يعنى ان المدعى لذى يد ان ارخ احدهما لان التاريخ حالة الانفراد غير معتبر كما مر فيبقى اليد الدال على سبق الشراء كما عرفت (ولذى وقت ان وقت احدهما فقط) لثبوت ملكه فى ذلك الوقت مع احتمال الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك (بلا يد لهما) بان كان المبيع فى يد الثالث يعنى اذا ذكر بينة الخارج وقتا فذو اليد اولى اذ بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذى اليد لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراءه قبل شراء صاحب اليد اذ ينتقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة (وعلى نكاح) عطف على قوله على ما فى يد آخر يعنى ان برهن كل من الخارجين على ان هذه المرأة زوجته (سقطا) اى البرهانان (ان لم يورخا او استوى تاريخهما) لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك (فهى لمن صدقته) منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقها فيجب اعتبار قولها ان احدهما زوجها (الا ان تكون) اى المرأة (فى بيت الآخر او دخل بها) فيكون هو اولى ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها او من الدخول بها دليل على سبق عقده (الا ان يبرهن الآخر انه تزوجها قبله) فيكون هو اولى لان الصريح يفوق الدلالة فالحاصل انهما اذا تنازعا فى امرأة واقاما البينة فان ارخا وتاريخ احدهما اقدم كان هو اولى وان لم يورخا واستوى تاريخهما فان كان مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها الى منزله كان هو اولى وان لم يوجد شىء من ذلك يرجع الى تصديق المرأة (وان صدقت

غير ذى برهان) يعنى ان ماذكر كان فيما اذا صدقت احد المبرهنين وان صدقت غير ذى برهان (فهى له) لما عرفت ان النكاح يثبت بتصادق الزوجين (فان برهن الاخر قضى له) لانه اقوى من التصادق (ثم لايقضى لغيره) اذ لاشئ اقوى من البرهان (الا اذا اثبت سبقه) لان البرهان مع التاريخ اقوى من البرهان بدونه (كما لايقضى بحجة الخارج على ذى يد ظاهر النكاح الا باثباته) اى اثبات سبق نكاحه على نكاح ذى اليد (الشراء والمهر اولى من هبة وصدقة مع قبض) يعنى اذا ادعى احدهما شراء من شخص وادعى الآخر هبة وقبضا من ذلك الشخص واقاما البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه بخلاف ما اذا اختلف المملك لهما اوكان معهما تاريخ حيث لايكون الشراء فيه اولى اذ عند اختلاف المملك يصير كل منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك له وهما فى ذلك سواء وفيما اذا اتحد المملك لايحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما يحتاجان الى اثبات سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان لاقدمهما تاريخا لثبوت ملكه فى وقت لاينازعه فيه احد بخلاف ما اذا كان المملك مختلفا حيث لايعتبر فيه سبق التاريخ كما سيأتى ان شاء الله تعالى وكذا الشراء والصدقة مع القبض فى جميع ماذكر من الاحكام واما كون المهر اولى من هبة وصدقة مع القبض فمعناه ان رجلا ادعى عبدا مثلا فى يد رجل انه وهبه له اوتصدقه عليه وقبض وادعت امرأة ان ذى اليد تزوجها على ذلك العبد وقبضته كان المهر اولى لانه كالشراء اذ كل منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه (ورهن معه) اى مع قبض (اولى من هبة معه) استحسانا والقياس كون الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لايثبته ووجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى لان بينته اكثر اثباتا بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع ولو بوجه اقوى من الرهن (برهن خارجان على ملك مطلق مؤرخ اوشراء مؤرخ من واحد غير ذى يد) احترز بهذا عما اذا برهنا على مافى يد آخر كما مر (او) برهن (خارج على ملك مطلق مؤرخ وذو يد على ملك اقدم) تاريخا (فالسابق اولى) لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الامن جهته (ولو) برهنا (على شراء متفق تاريخهما من اخر اووقت احدهما) فقط (قضى لهما نصفين) فى الصورتين اما فى الاولى

فلان

فلان كلا منهما يثبت الملك لبايعه وملك بايعه مطلق ولا تاريخ فيه فصار كما اذا حضر البايعان فادعيا الملك بلا تاريخ فيكون بينهما نصفين واما فى الثانية فلان توقيت احدهما لايدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لايتلقى الامن جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم له به حتى يتبين ان غيره تقدمه ولم يبين (برهن خارج على الملك وذو يد على الشراء منه) بان كان عبد مثلا فى يد زيد فادعاه بكر بانه ملكه وبرهن عليه وبرهن زيد على الشراء منه (فذو اليد اولى) لان الخارج ان كان يثبت اولية الملك فذو اليد يتلقى الملك منه ولا تنافى فيه فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه (كذا ان برهن كل من الخارج وذى اليد على النتاج ونحوه) وهو كل سبب للملك لايتكرر فانه فى معنى النتاج كالنسج فى ثياب لاتنسج الامرة كنسج الثياب القطنية وغزل القطن وحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف ونحوها وان كان سببا يتكرر لايكون فى معنى النتاج فيقضى به للخارج كالملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بحديث النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل ولو كان النتاج ونحوه (عند بايعه) فان كلا منهما اذا تلقى الملك من رجل واقام البينة على سبب ملك عنده لايتكرر فهو بمنزلة اقامتها على ذلك السبب عند نفسه (فذو اليد اولى من الخارج) لان بينته قامت على اولية ملكه فلا يثبت للخارج الا بالتلقى عنه (الا اذا ادعى الخارج عليه فعلا) قال فى الذخيرة الحاصل ان بينة ذى اليد على النتاج انما تترجح على بينة الخارج على النتاج او على مطلق الملك بان ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج النتاج او ادعى الخارج ملكا مطلقا اذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن او العارية او نحوها فاما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج اولى وانما قال (فى رواية) لما قال فى العمادية بعد نقل كلام الذخيرة ذكر الفقيه ابو الليث فى باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور فى الذخيرة فقال دابة فى يد رجل اقام آخر بينة انها دابته آجرها من ذى اليد او اعارها منه او رهنها اياه وذو اليد اقام بينة انها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لذى اليد لانه يدعى ملك النتاج والآخر يدعى الاجارة او الاعارة والنتاج اسبق منهما فيقضى

لذى اليد وهذا خلاف ما نقل عنه (ولو) برهن (احدهما) من الخارج وذى اليد على الملك المطلق والآخر على النتاج فذو النتاج اولى) لان برهانه قام على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقى منه (برهن كل من الخارج وذى اليد على الشراء من الاخر) اى صاحبه (بلا وقت سقطا وترك فى يده) عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمة الله تعالى عليه يقضى بالبينتين ويكون للخارج لامكان العمل بهما بان يجعل ذواليد كانه اشترى من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دليل الشراء كما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان فى العقار ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك له فصار كما اذا قامتا على اقرارين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هنا وان وقت البينتان فى العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لذى اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من ذى اليد وهو جائز فى العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج اذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وان اثبتا قبضا قضى لذى اليد بالاجماع لكون البيعين جائزين على القولين وان كان وقت ذى اليد اسبق قضى للخارج فيجعل كان ذا اليد اشترى وقبض ثم باع ولم يسلم اوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر (ولم يرجح بكثرة الشهود والاعدلية) يعنى اذا اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة مثلا اوواحد هما عدلين والآخر اعدلين فهما سواء اما الاول فلان الترجيح لا يقع بكثرة العلل حتى لا يترجح القياس بقياس آخر وكذا الحديث واما الثانى فلان المعتبر فى الشاهد اصل العدالة ولا حد للاعدلية فلا يقع الترجيح بها (ادعى احد خارجين نصف دار والآخر كلها) يعنى اذا كانت دار فى يد رجل ادعاها اثنان احدهما كلها والآخر نصفها (وبرهنا فالربع للاول والباقى) وهو ثلثة الارباع (للثانى) عند ابى حنيفة رحمه الله فان صاحب النصف لا ينازع الآخر فى النصف فسلم له وصارت منازعتهما فى النصف الاخر فينصف بينهما وعندهما هى بينهما اثلاثا فمدعى الجميع يأخذ سهمين ومدعى النصف سهما واحدا فتقسم بينهما اثلاثا (وان كانت) اى الدار (معهما) اى فى يدهما (فهى للثانى) وهو مدعى الكل لانه اذا برهن كان نصفها له على وجه القضاء وهو الذى كان بيد صاحبه اذا جتمع فيه بينة الخارج وبينة ذى اليد وبينة الخارج اولى فقضى له بذلك ونصفها لا على الوجه القضاء وهو الذى

كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بلا دعوى فيترك فى يده (برهنا على نتاج دابة) اى تنازعا فى دابة واقام كل منهما البينة انها نتجت عنده اوعند بايعه (مطلقا) اى سواء كانت فى يديهما اوفى يد احدهما اوفى يد ثالث لان المعنى لا يختلف ذكره الزيلعى (وارخا قضى لمن وافق سنها وقته) بشهادة الظاهر (وان اشكل) اى سن الدابة بان لم يوافق التاريخين (فلهما) اى قضى لهما بها لان احدهما ليس باولى من الآخر (ان لم تكن فى يد احدهما فقط) بان كانا خارجين والدابة فى يد ثالث اوفى يديهما (والا) اى وان كانت فى يد احدهما (فله) اى قضى بها لذى اليد لان الامر لما اشكل سقط التاريخان فصار كانهما لم يؤرخا ذكره الزيلعى (وان خالف) اى سنها الوقتين (بطلت البينتان لظهور كذب الفريقين فتترك فى يد من كانت فى يده كذا فى الهداية والكافى قال الزيلعى الاصح انهما لا تبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين اوكانت فى ايديهما وان كانت فى يد احدهما يقضى بها لذى اليد لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا فى اسقاط اعتباره لان فى اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب اليد اولى ان كانت فى يد احدهما والا فلا فهى بينهما كما اذا اشكل فى موافقة سنها احد التاريخين وهكذا ذكره محمد رحمه الله والاول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ وليس بشئ ولهذا قلت (كانت لهما) يشتركان فيها (يقضى بها لو) كان المدعيان (خارجين اوذوى يد ولو فى يد احدهما كانت له) لما ذكر (برهن احدهما على غصب شئ والاخر على ايداعه نصف) اى اذا كان عين فى يد رجلين فبرهن احدهما على الغصب والآخر على الوديعة يقضى بها بينهما نصفين لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل بلا جحود ثم عاد الى الوفاق كما تقرر فى موضعه (ادعى الملك فى الحال وشهد الشهود انه هذا كان ملكه تقبل) يعنى اذا ادعى الملك فى الحال وشهد الشهود ان هذا العين كان ملكه تقبل لان شهادتهم تثبت الملك فى الحال والماضى وما ثبت فى زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل كذا فى العناية نقلا عن المحيط (الراكب واللابس اولى من آخذ اللجام والكم) اى اذا تنازعا فى دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها اوتنازعا فى ثوب احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس اولى من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما اظهر لاختصاصه

بالملك فكانا صاحبي يد والمتعلق خارج وذو اليد اولى واما اذا اقاما البينة فبينة
الخارج اولى لما مر (ومن فى السرج) اولى (من رديفه) لان تمكنه من ذلك
الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث
يكون بينهما لاستوائهما فى التصرف ولو تعلق احدهما بذنبها والآخر ممسك
للجامها كان للممسك اذ لا يمسك اللجام غالبا الا المالك بخلاف المتعلق بالذنب
(وذو حملها اولى من معلق كوزه) اى اذا تنازعا فى دابة وعليها حمل لاحدهما
وللآخر كوز فالاول اولى لانه اكثر تصرفا فيها (وينصف البساط بين جالسه
والمتعلق به) بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس
بيد عليه بل اليد تكون بكونه فى بيته او نقله من موضعه بخلاف الركوب واللبس
حيث يكون بهما غاصبا لثبوت يده عليه ولا يصير غاصبا بالقعود على البساط
(كمن معه) اى فى يده (ثوب وطرفه مع الاخر) حيث ينصف بينهما لان يد
كل منهما ثابت فيه وان كان يد احدهما فى الاكثر ولا يرجح به لما مر ان الترجيح
لا يكون بالاكثرية (لا هدبته) اى لا يكون هدبته مع الآخر حتى لو كانت معه
لا يوجب التنصيف لانها ليست بثوب لانها غير منسوجة فلم يكن فى يده شئ
من الثوب فلا يزاحم الآخر (بخلاف جالسى دار اذا تنازعا فيها) حيث لا يقضى
بها بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لان الجلوس لا يدل على الملك (الحائط لمن
جذوعه عليه او متصل به اتصال تربيع) الاتصال نوعان احدهما اتصال
ملازقة وهو ان يلازق احد الطرفين بالاخر والثانى اتصال تربيع وهو ان يكون
لبنات الحائط المتنازع فيه متداخلة فى انصاف لبنات الحائط الذى لا نزاع
فيه وان كان الحائط من خشب فالتربيع ان يكون اطراف خشبات احدهما
مركبة فى الاخرى وهذا هو المراد ههنا لانه شاهد ظاهر لصاحبه لان
الظاهر انه هو الذى بناه مع حائطه اذ مداخلة انصاف اللبنات واطراف
الخشبات لا تتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان اولى وكذا اذا كان لاحد
المتنازعين جذوع على الحائط كان له لان صاحب الجذوع مستعمل للحائط
بما وضع له الحائط وهو وضع الجذوع عليه (لا لمن عليه هرادى) وهى خشبات
توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب فانها غير معتبرة وكذا البوارى لانه لم يكن
استعمالا له وضعا اذ الحائط لا يبنى لهما بل للتسقيف وهو لا يمكن على الهرادى
والبوارى (بل بين الجارين لو تنازعا) يعنى اذا تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه
هرادى وليس للآخر عليه شئ فهو بينهما اذ لا يختص به صاحب

الهرادى (وذو بيت من دار كذى بيوت منها فى حق ساحتها) يعنى اذا كان بيت
من دار فيها بيوت كثيرة فى يد زيد والبيوت الباقية فى يد بكر (فهى) اى
الساحة (تكون بينهما) حال كونها (نصفين) لاستوائهما فى استعمالها وهو
المرور فيها والتوضى وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك فصارت
نظير الطريق (بخلاف الشرب) اذا تنازعا فيه (فانه بقدر الارض) اى يقسم
بينهما بقدر اراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقى الارض فعند كثرة
الاراضى يكثر الحاجة اليه (برهنا) اى خارجان (على يد فى ارض) اى على ان
لكل منهما يدا فيها (قضى بيدهما) لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها
والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضى (ولو برهن عليه احدهما او كان تصرف
فيها) بان لبن فيها او بنى او حفر (قضى بيده) اما الاول فلقيام الحجة فان
اليد حق مقصود واما الثانى فلوجود التصرف والاستعمال فيها (صبى يعبر)
اى يتكلم ويعلم ما يقول (قال انا حر فالقول له) لانه اذا كان يعبر عن نفسه
فهو فى يد نفسه فلا يقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ
(فان قال انا عبد فلان) وهو غير ذى اليد (قضى لمن معه) يعنى ذا اليد لانه اقر
انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن فى يده كالقماش فى يده
فان قيل الاقرار بالرق ضار فكان الواجب ان لا يعتبر فى حق الصبى قلنا الرق
لم يثبت بقوله بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض لدعوى الحرية لانه لما صار
فى يد المدعى بقى كالقماش فى يده فيقبل اقراره عليه (فلو كبر وادعى الحرية
يسمع) اى ادعاؤه (بالبينة) لان التناقض فى دعوى الحرية لا يمنع صحة
الدعوى كما سيأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى

(*) باب دعوى النسب (*)

اعلم ان الدعوة نوعان احدهما دعوة الاستيلاد وهو ان تكون العلوق فى ملك
المدعى والثانى دعوة التحرير وهى ان لا تكون العلوق فى ملك المدعى والاول
اولى لانه اسبق لاستنادها الى وقت العلوق واقتصار دعوة التحرير على الحال
وسيأتى توضيحه (باع امة فولدت لاقل من ستة اشهر مذ بيعت فادعاه ثبت
نسبه وامية أمها) وقال زفر والشافعى لا يثبت لان بيعه اقرار منه بانها امة
فبالدعوة يصير مناقضا ولنا ان مبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض
كما سيذكر فيقبل دعوته اذا تيقن بالعلوق فى ملكه بالولادة للاقل فانه
كالبينة العادلة فى اثبات النسب منه اذ الظاهر عدم الزنا منها وامر النسب

على الخفاء فقد يظن المرء ان العلوق لبس منه ثم يظهر انه منه فكان عذراله في اسقاط اعتبار التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فيظهر انه باع ام ولده (فيفسخ البيع) لعدم جواز بيع ام الولد (ويرد الثمن) لان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع بخلاف دعوى اب البايع لعدم انعقاد العلوق على ملكه اذا كان له حق التملك على ولده وقد زال ذلك بالبيع (وان ادعاه المشتري قبله ثبت) اى نسبه (منه) ويحمل على انه نكحها واستولدها ثم اشتراها (ولو) ادعاه (معه) اى مع البايع (او بعده لا) اى لايثبت نسب المشتري لان دعوة البايع دعوة استيلاد لكون اصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير اذاصل العلوق لم يكن في ملكه والاولى اقوى (لما مر كذا) اى يثبت النسب من البايع (ان ماتت الام) فادعاه البايع وقد ولدت للاقل ويأخذه ويسترد المشتري كل الثمن لان الولد هو الاصل في النسب لانها تستفيد الحرية منه الايرى الى قوله عليه السلام * اعتقها ولدها * فالثابت لها حق الحرية وله حقيقة الحرية والحقيقة اقوى من الحق فيستتبع الادنى ولايضره فوات التبع (بخلاف الولد) فانه اذامات دون الام فادعاه البايع وقد ولدت للاقل لم يثبت نسبه لاستغنائه بالموت عن النسب ولم تصر ام ولده لان الاستيلاد فرع النسب فلو ثبت لكان اصلا وهو باطل بخلاف بيعه فانه اذاباع عبدا ولد عنده ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البايع الاول انه ابنه فهو ابنه وبطل البيعان لان اتصال العلوق بملكه كالبينة العادلة والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لايحتمله فينتقض البيع لاجله (واعتاقهما) اى اعتاق المشتري الام والولد (كموتهما) حتى لو اعتق الام لا الولد فادعى البايع الولد انه ابنه صحت دعوته ويثبت نسبه منه ولو اعتق الولد لا الام لم يصح دعوته لا في حق الولد ولا في حق الام اما الاول فلانها ان صحت بطل اعتاقه والعتق بعد وقوعه لايحتمل البطلان واما الثاني فلانها تبع له فاذا لم تصح في حق الاصل لم تصح في حق التبع ضرورة (والتدبير كالاعتاق) لانه ايضا لايحتمل النقض لثبوت بعض آثار الحرية كامتناع التمليك للغير وفيما اذا اعتق المشتري الام اودبرها يرد البايع على المشتري حصته من الثمن عندهما وعنده يرد كل الثمن في الصحيح كما في الموت كذا ذكر في الهداية وذكر في المبسوط يرد حصته من الثمن لاحصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق

بان القاضي كذب البايع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد بحصتها ايضا كذا في الكافي (ولو ولدت لاكثر من سنتين) من وقت البيع (لم يصح دعوة البايع) اذلم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة (وصدقه المشتري) اى صدق المشتري البايع (ثبت النسب) اذعدم ثبوته لرعاية حقه واذا صدقه زال ذلك المانع (ولم يبطل بيعه) للجزم بان العلوق لبس في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولاحقه لانه دعوة تحرير وغير المالك لبس من اهله (وكانت ام الولد نكاحا) هي امة ولدت من زوجها فملكها وامة ملكها زوجها فولدت فادعى الولد (ولو ولدت فيما بين الاقل والاكثر وصدقه) اى المشتري (كان الحكم كالاول) يعني يثبت نسبه وامية ها ويفسخ البيع ويرد الثمن ثم لما بين حكم ولد امة ولد بعدما باعها ثم ادعاه اراد ان يبين حكم ولد ولد عنده بقوله (باع المولود عنده فادعاه بعد بيع مشتريه ثبت نسبه ورد بيعه) لان اتصال العلوق بملكه كالبينة كما مر والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لايحتمله فينتقض البيع لاجله (كذا لو كاتب الولد اورهنه او آجره او) كاتب (الام اورهنها او آجرها ثم زوجها ثم ادعاه) حيث ثبت النسب ويرد هذه التصرفات بخلاف الاعتاق على مامر (باع احد توءمين) وهما ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فيكونان من ماء واحد اذلايتصور كون علوق الثاني حادثا اذلاحبل اقل من ستة اشهر والعلوق على العلوق متعذر لانها اذاحبلت ينسد فم الرحم واذاكان فاذا ادعى نسب احدهما يثبت نسبهما منه لانهما لاينفصلان نسبا فثبوت نسب احدهما يستلزم ثبوت نسب الآخر (علوقهما وولادتهما عنده واعتقه مشتريه ثم ادعى البايع الآخر ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري) لان الذي عنده ظهر انه حر الاصل فاقتضى كون الاخر ايضا كذلك لاستحالة كون احدهما حر الاصل والآخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد وكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهو حرية الاصل (قال لصبي هذا الولد مني ثم قال لبس مني ثم قال هو مني يصح) اذبالاقرار بانه ابني تعلق حق المقر والمقرله اما حق المقرله فانه يثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال لبس هذا الولد مني لايملك

ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح ولو قال هذا الولد منى ثم قال ليس منى لا يصح النفى لان النسب ثبت واذا ثبت النسب لا ينتفى بالنفى وهذا اذا صدقه الابن اما بغير التصديق فلا يثبت النسب لانه اقرار على الغير بانه جزئى منه لكن اذا لم يصدقه الابن ثم عاد الى التصديق ثبت النسب لان اقرار الاب لم يبطل بعدم تصديق الابن فثبت النسب ولو انكر الاب الاقرار فاقام الابن البينة انه اقر انى ابنه يقبل بينته والاقرار بانه ابنى مقبول لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه اخوه لا يقبل لانه اقرار على الغير كذا فى العمادية (قال له) اى لصبى (هو ابن زيد ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه وان) وصلية (جحد زيد بنوته) هذا عند ابى حنيفة وقالا اذا جحد زيد بنوته فهو ابن للمولى واذا صدقه زيد اولم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم يصح دعوة المقر عندهم لهما ان الاقرار ارتد برد زيد فصار كان لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان لم يحتمل النقض وله ان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد اذ تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت النسب منه وايضا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له (قال له) اى لصبى كان فى يد مسلم وكافر (مسلم هو عبدى وكافر هو ابنى كان ابنا وحرا ان ادعيا معا) لانه يكون حرا حالا ومسلما مألا لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل وفى العكس ثبت الاسلام تبعا ولا يحصل له الحرية مع عجزه عن تحصيلها (وان سبق دعوى المسلم كان عبداله) كذا فى النهاية وان ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم لاستوائهما فى دعوى البنوة ويرجح المسلم بالاسلام وهو اولى للصبى لحصول الاسلام له حالا تبعا لابيه (قال زوج امرأة لصبى معهما هو ابنى من غيرها وقالت ابنى من غيره فهو ابنهما لو كان غير معبر والا) اى وان كان معبرا (فهو لمن صدقه) لان كلا منهما اقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح احدهما على الآخر لاستواء ايديهما فيه وقيام ايديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على انه منهما (ادعت ذات زوج بنوة صبى لم يجز حتى تشهد امرأة على الولادة) لانها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف ادعاء الرجل فان فيه تحميل النسب على نفسه ثم شهادة القابلة حجة فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اذ النسب يثبت بالفراش القائم (وان كانت معتدة لزم حجة تامة عند ابى حنيفة رحمه الله وهى رجلان او رجل وامرأتان الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفى فى الجميع

شهادة امرأة واحدة وقدمر فى الطلاق (ولو) لا النكاح والعدة (كان ابنها) اى ان لم تكن ذات زوج ولا معتدة يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها كما فى الرجل (ولدت امة تزوجها) اى رجل (على انها حرة او اشتراها او اتهبها واستحقت) يعنى من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فولدت ثم استحقت الوالدة (غرم الاب قيمة الولد) باجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل فى حق ابيه ورقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل فى يده بلا تعد منه فلا يضمنه الا بالمنع كما فى ولد المغصوبة فلذا يعتبر قيمته (يوم يخاصم) لانه يوم المنع (وهو حر) لما مر انه خلق من ماء الحر ولم يرض الولد برقيته كما رضى فى الامة المنكوحة (وان مات فلا شئ على ابيه) لانعدام المنع (ويرثه) اى يكون الاب وارثا له لانه حر الاصل فى حق ابيه فاترك يكون ميراثا لابيه (وان قتله ابوه او) قتله (غيره واخذ) اى ابوه (ديته غرم) اى ابوه (قيمته) فى الصورتين اما فى الاولى فلتحقق المنع من الاب بقتله واما فى الثانية فلسلامة الولد له اذ الدية بدل المحل شرعا فصار الولد سالما له بسلامتها فيغرم قيمته للمستحق كما لو كان حيا (ورجع بها) اى بالقيمة التى ضمنها (كثمنها) اى كما يرجع بثمن الجارية (على بايعه) اى بايع الولد ببيع امه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبايع يضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع اجزائه لان الغرور يشملها (لا بالعقر) اى لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهى ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته

*) فصل (*

الاستشراء والاستيهاب والاستيداع والاستيجار) اى طلب شراء شئ من غيره وطلب هبته منه وطلب ايداعه عنده وطلب اجارته له (يمنع دعوى الملك) للطالب لان كلا منها اقرار بان ذلك الشئ ملك لذى اليد فيكون الطلب بعده تناقضا (والاستنكاح فى الامة يمنعها) اى دعوى الملك (وفى الحرة) يمنع (دعوى النكاح) كذا فى مجمع الفتاوى (ادعى على آخر) مالا (فقال الخصم) اى المدعى عليه على وجه الدفع (ابرأنى عن دعواه وبرهن فادعى ثانيا انه) اى المدعى عليه (اقر بعد الابراء فلو كان قال) اى الخصم (ابرأنى وقبلته او قال صدقته فى ذلك (لم يصح دفع الدفع) يعنى دعوى الاقرار وان لم يكن قال قبلت الابراء صح لانه اذا لم يقل ذلك جاز ان يكون المال عليه لرده الابراء لانه يرتد

بالرد بخلاف ما اذا قال قبلت الابراء لانه بعد القبول لا يرتد بالرد كذا فى الفتاوى الظهيرية (ادعى) رجل (على آخر مالا فقال) اى الآخر (ما كان لك على شئ قط معناه نفى الوجوب عليه فى الماضى على سبيل الاستغراق (فبرهن) اى المدعى (على الف وبرهن المنكر على القضاء او الابراء قبل هذا) اى صار برهان المنكر مقبولا وقال زفر لا يقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان مناقضا فى دعواه ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة (الا ان يزيد) اى المدعى عليه بان يقول (ولا اعرفك) وما اشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بينى وبينك مخالطة فلا يقبل بينته على القضاء ولا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا اختلاط ومعرفة (وقيل يقبل به ايضا) نقل القدورى عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيؤمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل البينة وقيل تقبل البينة على الابراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة كذا فى العناية وقال فى القنية المدعى عليه قال للمدعى لا اعرفك فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الايصال لا تسمع ولو ادعى اقرار المدعى عليه بالوصول او الايصال تسمع (قال احد الورثة لا دعوى لى فى التركة لا يبطل دعواه) لان ما ثبت شرعا من حق لازم لا يسقط بالاسقاط كما لو قال لست انا ابنا لابى (قال لست انا وارث فلان ثم ادعى ارثه وبين الجهة صح لما سيأتى ان التناقض فى موضع الخفاء لا يمنع صحة الدعوى (قال ذو اليد ليس هذا لى ونحوه) اى ليس ملكى او لا حق فيه ونحو ذلك (ولا منازع ثمه ثم ادعاه فقال ذو اليد هو لى صح) والقول قوله لان هذا الكلام لم يثبت حقا لاحد لان الاقرار للمجهول باطل والتناقض انما يبطل اذا تضمن ابطال حق على احد (ولو كان ثمه منازع كان اقرارا له فى رواية) وهى رواية الجامع الصغير (وفى اخرى لا) وهى رواية دعوى الاصل لكن قالوا القاضى يسأل ذا اليد اهو ملك المدعى فان اقر به امره بالتسليم اليه وان انكر امر المدعى باقامة البينة عليه (ولو قاله) اى قال ليس هذا لى ونحوه (الخارج لا يدعى) ذلك الشئ (بعده) للتناقض وانما لم يمنع ذا اليد على ما مر لقيام اليد كذا فى العمادية (ادعى زيد مالا ولم يثبت فادعاه على

آخر لم تسمع) كذا فى القنية (اقرار مال لغيره كما يمنع دعواه لنفسه يمنعها) اى دعواه (لغيره بوكالة او وصاية) يعنى اذا اقر رجل بمال انه لفلان ثم ادعاه لنفسه لم يصح وكذا اذا ادعاه بوكالة انه لموكله او وصاية انه لورثة موصيه لان فيه تناقضا لان المال الواحد لا يكون لشخصين فى حالة واحدة (بخلاف ابرائه عن جميع الدعاوى ثم الدعوى بهما) اى بوكالة ووصاية حيث تصح لعدم التناقض لان ابراء الرجل عن جميع الدعاوى المتعلقة بماله لا يقتضى عدم صحة دعوى مال غيره على ذلك الرجل (ادعى دارا لنفسه ثم ادعى انها وقف عليه تسمع كدعواها له) اى لنفسه (ثم دعواها لغيره ولو عكس) اى ادعى انها وقف اولا لفلان ثم ادعى لنفسه (لم تجز فى رواية) وهى رواية قاضيخان (وجاز فى) رواية (اخرى ان وفق) وهى رواية الذخيرة حيث قال فيه ومن ادعى لغيره بالوكالة او الوصاية ثم ادعى لنفسه لا تقبل الا ان يوفق فيقول كان لفلان ثم اشتريته منه واقام البينة على ذلك فحينئذ تقبل (ادعى العصوبة وبين النسب وبرهن الخصم ان النسب بخلافه ان قضى بالاول لم يقض به والا) اى وان لم يقض بالاول (تساقطا) للتعارض وعدم الاولوية (برهن انه ابن عمه لابيه وامه وبرهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط او على اقرار الميت به) اى بانه ابن عمه لامه فقط (كان دفعا قبل القضاء بالاول لا بعده) لتأكده بالقضاء بخلاف الاول (ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه ان يدعى خصمه قبل الحكم اقراره) مفعول يدعى (بانه من ذوى الارحام) اذ يكون حينئذ بين كلاميه تناقض (قال هذا الولد منى ثم قال هذا الولد ليس منى ثم قال هو منى صح) اذ باقراره بانه منه تعلق حق المقر له اذ يثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفى كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال ليس هذا الولد منى لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح اقول قد وقعت العبارة فى الاستروشنية والعمادية هكذا قال هذا الولد ليس منى ثم قال هو منى صح او باقراره بانه منه الخ الظاهر انه سهو من الناسخ الاول يدل عليه التعليل الذى ذكراه لانه يقتضى ان يكون ههنا ثلث عبارات تفيد الاولى اثبات البنوة والثانية نفيها والثالثة العود الى الاثبات والمذكور فيهما العبارتان فقط (ولو عكس) اى قال هذا الولد منى ثم قال ليس منى (لا) اى لا يصح النفى لان النسب ثبت واذا ثبت لا ينتفى بالنفى (برهن على قول المدعى انا مبطل فى الدعوى او شهودى كذبة او ليس لى عليه شئ صح الدفع ولو برهن

على قوله بدروغ كواهان ارم لا) اى لايصح الدفع اذ لا يلزم منه كذب شهود يأتى بهم الخصم (المدعى عليه جاء بخط البرأة) يعنى اذا ادعى رجل على آخر قدرا من المال فاقر به المدعى عليه ثم قال قد ابرأت ذمتى منه واظهر كتاب الابرأ (فقال المدعى نعم) كنت ابرأت ذمتك (لكنى كنت صبيا وقت الابراء فالقول له) والبينة على خصمه لانه اسنده الى حالة منافية للضمان فالخصم اذا اثبت بلوغه فى ذلك الوقت اندفع كلامه (ادعى قيمة جارية مستهلكة فبرهن الخصم انها حية رأيناها فى بلد كذا لايقبل الا ان يجئ بها حية) كذا فى الذخيرة (ادعى الاخوة ولم يذكر اسم الجد صح بخلاف دعوى كونه ابن عمه) حيث يشترط فيها ذكر اسم الجد كذا فى العمادية (التناقض فى موضع الخفاء لايمنع صحة الدعوى وقيل يمنع) ولهذا الاصل فروع كثيرة ذكر بعضها سابقا وسيذكر بعضها وذكر ههنا واحدا منها فقال (فان ادعى الوصية وانكرها الوارث فاقام) اى الموصى له (بينة فادعى الوارث الرجوع تقبل) وهو الصحيح لان هذا تناقض فى طريقه خفاء اذ لعل الموصى قد اوصى ولم يعلم به الوارث ورجع الموصى ولم يعلم به الوارث فجحد بناء على ذلك (وقيل لا) اى لاتقبل لظاهر التناقض وايضا اذا استأجر دارا من رجل ثم ادعى على الآخر ان هذه الدار ملكى لان ابى كان اشتراها لاجلى فى صغرى وهى ملكى فاقام البينة تسمع ولايكون هذا التناقض مانعا صحة الدعوى لما فيه من الخفاء لان الاب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لاعلم له بذلك وهذا كما لو اقامت المرأة بينة على الطلاق ثلثا بعدما اختلعت نفسها لها ان تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال زوجها فى ايقاع الطلاق عليها من غير علمها ولها نظائر ذكرت فى العمادية وغيرها (تذنيب الكفيل ينتصب خصما عن الاصيل بلا عكس) اى الاصل لاينتصب خصما عن الكفيل لان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل والقضاء على الاصيل ليس قضاء عليه صورته كان لرجل على آخر الف درهم وله كفيل بامر المط فلقى الطالب الاصيل قبل ان يلقى الكفيل واقام عليه بينة ان لى عليك كذا وفلان كفل به بامرك فانه يقضى على الاصيل بالف درهم ولايكون هذا قضاء على الكفيل حتى لو لقى الكفيل ليس له ان يأخذ منه شيئا بلا اعادة البينة عليه ولو لقى الكفيل اولا وادعى ان لى على فلان الفا وانت كفيل بها لى عنه بامره واقام البينة ثبت المال عليه وعلى الغائب و ينتصب الكفيل خصما

عن الاصيل (اذا اشترك الدين بين شريكين لا بجهة الارث فاحدهما لاينتصب خصما عن الآخر) عند ابى حنيفة رحمه الله (بخلاف ما اذا اشتركا بها) يعنى اذا اشترك بينهما بجهة الارث فاحدهما ينتصب خصما عن الآخر وعند ابى يوسف ينتصب خصما على كل حال قال محمد رحمه الله ما قاله ابو حنيفة قياس وما قاله ابو يوسف رحمة الله عليه استحسان ومحمد اخذ بالاستحسان كابى يوسف رحمه الله كذا فى المنتقى ثم على قولهما اذا حضر الغائب وصدق الحاضر فيما ادعى كان بالخيار ان شاء شارك المدعى فيما قبض ثم يتبعان المط وان شاء يتبع المط ويأخذ نصيبه كذا فى العمادية

(* كتاب الاقرار *)

اورده بعد الدعوى لان الدعوى تنقطع به فلا يحتاج بعده الى شئ آخر حتى اذا لم يوجد يحتاج الى الشهادة ولهذا عقبه بها هو مشتق من القرار (وهو لغة اثبات ما كان متزلزلا وشرعا (اخبار بحق لآخر عليه) لا اثبات له عليه لما سيأتى وشروطه ستذكر فى اثناء الكلام (وحكمه ظهور المقر به بلا تصديق) وقبول من المقر له فانه ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دالا على المخبر به لان مدلوله الصدق والكذب احتمال عقلى كما تقرر فى موضعه (الا فى نسب الولاد) يعنى اذا اقر رجل ببنوة غلام مجهول النسب صح اقراره وكذا اذا اقر هو وامرأة بالوالدين) والولد صح (ونحوه) وهو ان يقر رجل او امرأة بالزوج او المولى حيث صح وشرط تصديق هؤلاء وسيأتى تمام بيانه (ولكن يرد) اى الاقرار (برده) اى برد المقر له (الا بعده) اى بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ (لا ثبوته ابتدأ) عطف على قوله ظهور المقر به اى لا ثبوت المقر به للمقر له لانه ليس بناقل لملك المقر الى المقر له اقول سره ان الاقرار اخبار يحتمل الكذب فيجوز تخلف مدلوله الوضعى عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوهما لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه فى الوجود فيمتنع فيه التخلف وقد فرع على كون حكم الاقرار ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء اولا بقوله (فصح الاقرار بالخمر للمسلم) حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لما صح وثانيا بقوله (لا) الاقرار (بطلاق وعتق مكرها) لقيام دليل الكذب وهو الاكراه ولو كان حكمه ثبوت ما اقر به بان كان انشاء لصح لان انشاءهما مع الاكراه يصح عندنا وثالثا بقوله (ولو ادعاه) اى الاقرار (ابتداء) بان يقول انك اقررت لى بكذا فادفعه لى (او جعله)

اى الاقرار (سببا) بان يقول انلى عليك كذا لانك اقررت لى به (لم تسمع) عند عامة المشايخ لان نفس الاقرار ليس ناقلا للملك لما عرفت (بخلاف دعواه) اى الاقرار (فى الدفع) فانهم اختلفوا انه هل يصح دعوى الاقرار فى طرف الدفع حتى لواقام المدعى عليه بينة ان المدعى اقرانه لاحق له على المدعى عليه اواقام بينة ان المدعى اقران هذا الغير ملك هذا المدعى عليه هل يقبل قال بعضهم لايقبل وعامتهم ههنا على انه يقبل واجمعوا على انه لوقال هذا العين ملك المدعى واقر به صاحب اليدا وقال لى عليه كذا وهكذا اقر به هذا المدعى عليه يصح الدعوى وتسمع البينة على اقراره لانه لم يجعل الاقرار سببا للوجوب وفى هذه الصورة لوانكر هل يحلف على عدم اقراره فيه خلاف بين ابى يوسف ومحمد رحمهما الله وقيل يحلف لانه لونكل ثبت الاقرار والفتوى على انه لايحلف على الاقرار وانما يحلف على المال كذا فى العمادية ورابعا بقوله (ولوكذب المقر) اى فى اقراره بالمال (لم يحل له) اى للمقرله (اخذ المال الا بطيب نفسه) اى نفس المقر ولوكان حكمه الثبوت يحل اخذه (وهو) اى الاقرار (حجة قاصرة) اما حجيته فلان النبى عليه السلام قد رجم ماعزا باقراره على نفسه بالزناء والغامدية باقرارها فلما جعل الاقرار حجة فى الحدود التى تندرئ بالشبهات فلان يكون حجة فى غيرها اولى وعليه انعقد اجماع الامة واما قصوره فلقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه (بخلاف البينة) فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضى ولاية عامة فيتعدى الى الكل اما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه حتى لواقر مجهول النسب بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه اذ ثبت حق الحرية اواستحقاقها لهؤلاء فلا يصدق عليهم (اقر مكلف) اى عاقل بالغ (حر اوعبد مأذون له بمعلوم) متعلق باقر (صح) اى اقرار كل من الحر والعبد المأذون اما الاول فظ واما الثانى فلانه ملحق بالاحرار فى حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فقد رضى بتعلق الدين برقبته فكان مسلطا عليه من جهته (مطلقا) اى سواء كان تصرفا لايشترط لصحته وتحققه اعلام ماصادفه ذلك التصرف اولا كما سيأتى وشرط التكليف لان الصبى والمجنون لايتعلق باقرارهما حكم (ولو) اقر (بمجهول صح) ايضا لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لايدرى قيمته اوجرح جراحة لايعلم ارشها (لو) كان ذلك التصرف

تصرفا

(تصرفا لايشترط لصحته وتحققه اعلام ماصادفه ذلك التصرف كالغصب والوديعة) فان الجهالة لاتمنع تحقق الغصب فان من غصب من رجل مالا مجهولا فى كيس اواودعه مالا فى كيس صح الغصب والوديعة وثبت حكمهما (بخلاف مااشترط له ذلك) فان كل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ماصادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لايصح (كالبيع والاجارة) فان من اقرانه باع من فلان شيئا اوآجر من فلان شيئا اواشترى من فلان كذا بشئ لايصح اقراره ولايجبر المقر على تسليم شئ (ولزمه) اى المقر بمثل الغصب والوديعة (بيان ماجهل بماله قيمة) يعنى اذا قال لفلان على شئ اوحق لزمه ان يبينه بماله قيمة لانه اخبر من الوجوب فى ذمته ومالا قيمة له لايجب فى الذمة فاذا بين بغير ذلك كان رجوعا فلا يصح (وصدق المقر بيمينه ان ادعى خصمه اكثر منه ولم يبرهن) يعنى ان المقر اذا بين المجهول بماله قيمة وادعى المقر له اكثر منه فان برهن عليه حكم به والا صدق المقر بيمينه على عدم الزيادة عليه (ولم يصح) اى الاقرار (للمجهول اذا فحشت جهالته) بان يقول هذا العبد لواحد من الناس لان المجهول لايكون مستحقا وان لم تفحش بان اقر بانه غصب هذا العبد من هذا اومن هذا فانه لايصح عند شمس الائمة السرخسى لانه اقرار للمجهول وانه لايفيد وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد وصول الحق الى المستحق لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ ويقال له بين المجهول لان الاجمال من جهته وبيان المجمل على المجمل وصار كما لواعتق احد عبديه وان لم يبين اجبره القاضى على البيان ايصالا للحق الى المستحق كذا فى الكافى (كذا) اشارة الى عبد مأذون له فى قوله اقر مكلف حر اوعبد مأذون له (محجور اقر بمالا تهمة فيه كحد وقود) يعنى ان اقراره به صحيح لان اقراره عهد موجبا تعلق الدين برقبته وهى مال المولى فلا تصدق عليه للتهمة وقصور الحجة بخلاف المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة بخلاف الحد والقود لانه مبق على اصل الحرية فيهما لانهما من خواص الآدمية ولهذا لايصح اقرار المولى عليه بالحد والقود (فيؤاخذ به الآن) ولا يؤخر الى العتق (و) كذا محجور اقر (بما فيه تهمة كالمال) نظرا الى اصل الادمية (فيؤخر الى عتقه) رعاية لحق المولى (ولزم فى على مال درهم) يعنى لايصدق فى اقل منه لانه لايعد مالا عادة (و) لزم (فى) على (مال عظيم نصاب فى مال الزكوة

وقدر النصاب قيمة فى غيره) اى فى غير مال الزكوة يعنى لا يصدق فى اقل من مأتى درهم فى الفضة واقل من عشرين مثقا لا فى الذهب وفى اقل من خمس وعشرين فى الابل ولا فى اقل من قدر النصاب قيمة فى غير مال الزكوة لان النصاب عظيم حتى صار صاحبه به غنيا (و) لزم (فى) على (اموال عظام ثلثة نصب) من جنس ماسماه اعتبارا لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم (وفى دراهم ثلثة) اعتبارا لادنى الجمع (وفى دراهم كثيرة عشرة) اى لا يصدق فى اقل منها عند ابى حنيفة رحمه الله لانها اقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع (وفى كذا درهما) لزم (درهم) لانه تفسير للمبهم كذا فى الهداية وقال قاضيخان لو قال كذا دينارا عليه ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل عدد اثنان (و) فى (كذا كذا درهما) لزم (احد عشر درهما) اى لم يصدق فى اقل منه لان كذا كناية عن عدد مجهول فقد اقر بعددين مجهولين ليس بينهما حرف العطف واقل عددين كذلك من المفسر احد عشر (وفى كذا وكذا) لزم (احد وعشرون) اى لم يصدق فى اقل منه لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون ووجوب الاقل فى الفصلين ليتقنابه والاصل فى الذمم البراءة (ولو ثلث) اى قوله كذا (بلا واو) بان يقول كذا كذا كذا درهما (فاحد عشر) حملا للواحد منها على التكرار اذ لم يجمع بين ثلثة اعداد بلا عطف فلابد من حمل الواحد على التكرار ثم حمل الاثنين على اقل عدد يعتاد التعبير عنه بذكر عددين بلا عاطف وهو احد عشر (ومعها) اى لو ثلث لفظ كذا مع الواو (فمائة واحد وعشرون) لانه اقل ما يعتبر عنه بثلاثة اعداد مع الواو (ولو ربع) اى قوله كذا مع تثليث الواو بان يقول كذا وكذا وكذا وكذا (زيد الف على العدد الذى قبله فلزم الف ومائة واحد وعشرون لانه نظيره (على قبلى اقرار بالدين) يعنى اذا قال له على من المال كذا او قبلى كان اقرارا بالدين لان على للايجاب والالزام وقبلى ينبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اى ضمن وسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال (وان وصل به وديعة) اى ان قال المقر بلا تراخ وهو وديعة (صدق) لان المضمون عليه الحفظ والمال محله فقد ذكر المحل واراد الحال واحتمله اللفظ مجازا فيصح موصولا لا مفصولا (عندى معى فى بيتى فى صندوقى فى كيسى اقرار بالامانة) لان الكل اقرار بكون الشئ فى يده وذا يكون امانة لانه قد يكون مضمونا وقد يكون

امانة وهذه اقلها (جميع مالى او جميع ما املكه له هبة) لا اقرار لان ماله او ما ملكه يمتنع ان يكون لاخر فى تلك الحالة فلا يصح الاقرار واللفظ يحتمل الانشاء فيحمل عليه ويكون هبة (تقتضى التسليم) فان وجد صح والافلا (قوله لمدعى الالف) مبتدأ خبره قوله الآتى اقرار يعنى لو قال له رجل لى عليك الف درهم فقال (اتزنه او انتقده او اجلنى به او قضيتكه او ابرأتنى منه او تصدقت به على او وهبته لى او احلتك به على زيد اقرار و بلا ضمير لا) وقد وقع فى عبارة الهداية والوقاية فى هذه الضمائر ضمير التأنيث وفى الكافى والكنز ضمير التذكير ولما لم يعد القوم الالف من المؤنثات السماعية اخترله التذكير اما كون الاربعة الاولى اقرارا فلان الضمير راجع الى الالف المذكور وهو موصوف بالوجوب فكانه قال اتزن او انتقد او اجل او قضيتك الالف الواجب لك على حتى لو لم يذكر الضمير بان قال اتزن او انتقد او اجل مثلا لا يكون اقرارا اذ لا دليل على انصرافه الى المذكور واما الخامس فلان دعوى الابراء كالقضاء لان الابراء اسقاط وهو انما يكون فى مال واجب عليه واما السادس والسابع فلان هذا دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال فى ذمته واما الثامن فلان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدون الوجوب (وقوله نعم اقرار) يعنى اذا قيل له هل لى عليك كذا فقال نعم يكون اقرارا لانه موضوع للجواب ولا يحتاج الى الرابط (لا الايماء برأسه بنعم فى جواب هل لى عليك كذا) لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره (اقر بدين مؤجل وقال المقر له حال صدق بيمينه) يعنى اذا اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا لانه اقر بحق على نفسه وادعى لنفسه فيه حقا فيصدق فى الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد فى يده انه لفلان استأجره منه فصدقه المقر له فى الملك لا الاجارة (ولزم فى) له (على مائة ودرهم دراهم) اى اذا قال له على مائة ودرهم لزم مائة دراهم ودرهم (و) لزم (فى مائة وثوب ثوب ويفسر المائة) اى يرجع فى تفسير المائة اليه والقياس فى مائة ودرهم كذلك وهو قول الشافعى لانه عطف مفسرا على مبهم فى الفصلين والعطف لم يوضع للبيان فبقيت المائة مبهمة فيهما ولنا ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس اشتغلوا تكرار الدراهم واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وهو عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وهذا فى المقدارات كالمكيلات والموزونات لانها تثبت دينا فى الذمة سلما وقرضا وثمنا بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فان وجوبها لا يكثر فى الذمة لان الثياب

لاتثبت فيها الافى السلم والنكاح وذا لايكثر فبقى على الحقيقة (كذا وثوبان) اى اذا قال له على مائة وثوبان لزم ثوبان ويفسر المائة (وفى الجمع) اى اذا قال له على مائة وثلثة اثواب (كلها ثياب) لانه ذكر عددين مبهمين اعنى مائة وثلثة واعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لانهما استويا فى الحاجة الى التفسير لايقال الاثواب لاتصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلثة صارا كعدد واحد (و) لزم (فى على نصف درهم ودينار وثوب ونصف هذا العبد وهذه الجارية نصف كل منهما) لان الكلام كله وقع على شئ بغير عينه او بعينه فينصرف النصف الى الكل كانه قال على نصف هذا ونصف هذا الخ (اقر بعشرة دراهم ودانق اوقيراط كان من الفضة) لان الاكتفاء بالتفسير الاول شايع عندهم قال الله تعالى * ولبثوا فى كهفهم ثلثمائة سنين وازدادوا تسعا * يعنى من السنين (و) اقر (بتمر فى قوصرة لزماه) اى التمر والقوصرة فسره فى المبسوط بقوله غصبت تمرا فى قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشئ وهو مظروف لايتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام فى السفينة والحنطة فى الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع (ودابة) اى اقر بدابة (فى اصطبل لزمته) اى الدابة (فقط) اى بلا اصطبل لان غير المنقول لايضمن بالغصب عندهما خلافا لمحمد (كذا الطعام فى البيت) يعنى يلزم الطعام لا البيت الاصل فى جنس هذه المسائل ان الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا حقيقة ينظر فان امكن نقله لزماه والا لزم المظروف فقط عندهما لان الغصب الموجب للضمان لايتحقق فى غير المنقول ولو ادعى انه لم ينقل لم يصدق لانه اقر بغصب تام لانه مطلق فيحمل على الكمال وعند محمد لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور وان لم يمكن جعله ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم فى درهم ولم يلزمه الثانى لانه لايصلح ان يكون ظرفا له (و) اقر (بخاتم له حلقته وفصه) لان الاسم يشملهما (و) اقر (بسيف له نصله وجفنه وحمائله) لان اسم السيف يطلق على الكل النصل حديده والجفن غمده والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهى علاقته (و) اقر (بحجلة له عيدانها وكسوتها) لاطلاق الاسم على الكل عرفا لانها بيت يزين بالثياب والاسرة والستور (و) اقر (بثوب فى ثوب او فى منديل لزماه) لانه ظرف له حقيقة وامكن نقله كما مر (و) اقر (بثوب فى عشرة اثواب له ثوب) عند ابى يوسف وقال محمد عليه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف

فى

فى عشرة فامكن جعله ظرفا كقوله حنطة فى جوالق ولابى يوسف وهو قول ابى حنيفة رحمه الله اولا ان العشرة لايكون ظرفا لواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة (و) اقر (بخمسة فى خمسة بنية الضرب له خمسة) لان اثر الضرب فى تكثير الاجزاء لا فى تكثير المال (و بنية مع عشرة) اى لو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال الله تعالى * فادخلى فى عبادى * قيل مع عبادى فاذا احتمله اللفظ ولو مجازا ونواه صح لاسيما اذا كان فيه تشديد على نفسه كما عرف فى موضعه (وفى من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة تسعة) عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه عشرة وقال زفر يلزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا والحد لايدخل فى المحدود ولهما ان الغاية يجب ان تكون موجودة اذ المعدوم لايجوز ان يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فيدخل الغايتان وله ان الغاية لاتدخل فى المغيا لان الحد يغاير المحدود لكن هنا لابد من ادخال الاولى لان الدرهم الثانى والثالث لايتحقق بدون الاولى فدخلت الغاية الاولى ضرورة ولا ضرورة فى الثانية (وفى من دارى ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط ما بينهما) لما ذكر ان الغاية لاتدخل فى المغيا (اقر بالحمل) اى حمل جارية او حمل شاة لرجل (صح) اقراره ويلزمه لان له وجها صحيحا وهو ان رجلا اوصى به لرجل ومات الموصى فيقر وارثه للموصى له (مطلقا) اى سواء بين سببا صالحا اولا (وله) اى اقر للحمل صح ايضا لكن لا مطلقا بل (ان بين سببا صالحا كارث ووصية) بان قال مات ابوه فورثه او اوصى به له فلان فالاقرار به صحيح لانه بين سببا صالحا لو عايناه حكمنا به فكذا اذا ثبت باقراره ثم ان وجد السبب الصالح فلابد من وجود المقر به عند الاقرار او محتملا وذلك بان تضعه لاقل من ستة اشهر مذ مات المورث او الموصى اذا كانت ذات زوج او لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة (فان ولدت حيا لاقل من ستة اشهر) فى الصورة الاولى (او من سنتين) فى الصورة الثانية (فله ما اقر لوجوده فى البطن حين مات المورث او الموصى (او ميتا) اى ان ولدته ميتا (فللموصى والمورث) اى يرد المال الى ورثة الموصى والمورث لان هذا الاقرار فى الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد ولادته ولم ينتقل فيكون لورثتهما (او) ولدت (حيين فلهما) ما اقر نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففى الوصية كذلك وفى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين (وان بين بغير صالح) للسببية

(كبيع واقراض وهبة) بان قال الحمل باع منى او اقرضنى او وهب لى (او ابهم الاقرار) ولم يبين سببا بان قال على لحمل فلانة كذا (لغا) اما الاول فلانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه واما الثانى فلان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به (اشهدا) اى جعل رجلان شاهدين (على الف فى مجلس و) اشهد رجلان (آخران فى مجلس آخر لزم الفان) يعنى لو اراد صكا على الشهود فاقر عندهم مرتين او اكثر بالف فى ذلك الصك فالواجب الف واحد اتفاقا لان الثانى هو الاول لكونه معرفا بالمال الثابت فى الصك وان لم يقيد بالصك بل اقر بحضرة شاهدين بالف فى مجلس ثم فى مجلس آخر بحضرة شاهدين آخرين بالف بلا بيان السبب فعند ابى ح يلزمه الفان يشترط مغايرة الشاهدين الآخرين للاولين فى رواية و بشرط عدم مغايرتهما لهما فى آخرى وهذا بناء على ان الثانى غير الاول كما اذا كتب لكل الف صكا واشهد على كل صك شاهدين وعندهما لم يلزمه الا الف واحد لدلالة العرف على ان تكرار الاقرار لتأكيد الحق بالزيادة فى الشهود وان اتحد المجلس فاللازم الف واحد اتفاقا على تخريج الكرخى لان للمجلس تأثيرا فى جميع الكلمات المتفرقة وجعلها فى حكم كلام واحد (الامر بكتابة الاقرار اقرار) يعنى لو قال للصكاك اكتب لفلان خط اقرارى بالف على يكون اقرارا و يحل للصكاك ان يشهد عليه بالمال وكذا لو قال اكتب بيع هذه الدار يكون اقرارا بالبيع كتب او لم يكتب ولو قال للصكاك اكتب طلاق امرأتى تطلق كتب او لم يكتب كذا فى العمادية وانما قال (حكما) لان الامر انشاء والاقرار اخبار فلا يكونان متحدين حقيقة بل المراد ان الامر بكتابة الاقرار اذا حصل حصل الاقرار (احد الورثة اقر بالدين قيل يلزمه كله وقيل حصته) يعنى اذا ادعى رجل دينا على ميت واقر بعض الورثة به ففى قول اصحابنا يؤخذ من حصة المقر جميع الدين قال الفقيه ابو الليث هو القياس لكن الاختيار عندى ان يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبى والبصرى وابن ابى ليلى وسفيان الثورى وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول ابعد من الضرر وذكر شمس الائمة الحلوانى ايضا قال مشايخنا هنا زيادة شئ لا يشترط فى الكتب وهو ان يقضى القاضى عليه باقراره اذ بمجرد الاقرار لا يحل الدين فى نصيبه بل يحل بقضاء القاضى و يظهر ذلك بمسئلة ذكرها فى الزيادات وهى ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل

ان الدين كان على الميت فانه يقبل و يسمع شهادة هذا المقر فلو كان الدين يحل فى نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لا يقبل شهادته لما فيه من المغرم قال رحمه الله و ينبغى ان يحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة كذا فى العمادية

) باب الاستثناء وما بمعناه (

فى كونه مغيرا كالشرط ونحوه (استثنى بعض ما اقر به متصلا) باقراره (لزمه باقيه) يعنى اذا قال له على عشرة دراهم الا واحدا لزمه تسعة لما تقرر فى الاصول انه تكلم بالباقى بعد الثنيا اى الاستثناء فكانه قال ابتداء له على تسعة وشرط الاتصال عند عامة العلماء لكونه مغيرا ونقل عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه جواز التأخير (ولو كله) اى لو استثنى كله (فكله) اى لزمه كله (لو) كان الاستثناء (بعين لفظه نحو غلمانى كذا الا غلمانى) لانك قد عرفت انه تكلم بالباقى بعد الثنيا ولا باقى بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع بعد الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فاذا استثنى الكل لزمه الكل و بطل الاستثناء بخلاف ما اذا كان الاستثناء بغير ذلك اللفظ نحو غلمانى كذا (الا فلانا وفلانا وفلانا ولا غلام له غيرهم فانه اذا كان بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالباقى بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ حيث لا يمكن جعله تكلما بالباقى بعد الثنيا (كذا) اذا قال غلمانى كذا (الا هؤلاء) فانه يصح ايضا لوجود التغاير اللفظى (استثنى وزنيا او كيليا من دراهم صح قيمة) يعنى لو قال له على مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابى حنيفة و ابى يوسف ولزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز والقياس ان لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر لان الاستثناء اخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور فى خلاف الجنس لكنهما صححاه استحسانا بان المقدرات جنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة لانها تثبت فى الذمة ثمنا اما الدينار فظاهر وكذا غيره لان الكيلى والوزنى مبيع باعيانهما ثمن باوصافهما حتى لو عينا تعلق العقد باعيانهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدنانير ولهذا يستوى الجيد والردى فيهما وكانت فى حكم الثبوت فى الذمة كجنس واحد معنى فالاستثناء تكلم بالباقى معنى لا صورة (ولو) استثنى (غيرهما) اى غير وزنى وكيلى (منها) اى من الدراهم

(لا) اى لايصح عندنا خلافا للشافعى له انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولنا ان ذلك القدر لايفيد الاتحاد الجنسى بل لابد من وصف الثمنية ولو معنى كما عرفت (اذا وصل باقراره ان شاء الله ابطله) اى ابطل وصله الاقرار لان التعليق بمشية الله تعالى ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لايوقف عليه عند ابى يوسف فكان اعداما من الاصل (اقر بشرط الخيار) بان قال لفلان على الف درهم على انى بالخيار ثلثة ايام (لزمه المال) لصحة الاقرار لوجود الصيغة الملزمة (وبطل شرطه) لان الاقرار اخبار ولا مدخل للخيار فى الاخبار لانه ان كان صدقا فهو واجب العمل به وان لم يخير وان كان كذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثير اشتراط الخيار فى العقد ليتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه (اقر بدار واستثنى بناءها) بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها (كانا) اى الارض والبناء (للمقر له) ولم يصح استثناؤه لان اسم الدار لايتناول البناء مقصودا اذ الدار اسم لما دير عليه الحائط من البقعة والبناء يدخل تبعا لا لفظا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لايسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى والاستثناء انما يكون مما يتناوله الكلام نصا لانه تصرف لفظى اقول يرد على ظاهره ان كون البناء جزء من الدار مما لايخفى على احد ولهذا يضمن باتلافه فيكون كواحد من العشرة فما وجه عدم صحة استثنائه وتحقيق معرفة وجهه موقوف على مقدمة تقررت فى علمى الكلام والاصول وهى ان الركن قسمان احدهما اصلى وهو الذى دخل فى مدلول الاسم بحيث اذا انتفى لم يصح اطلاق الاسم على الباقى كواحد من العشرة ورأس من الحيوان وثانيهما زائد وهو الذى دخل فى مدلول الاسم لكن اذا انتفى لاينتفى اطلاق الاسم على الباقى كيد زيد ورجله حتى اذا قال هذا العبد لزيد الا يده اورجله لم يجز وبهذا التحقيق يظهر دفع مايرد على ظاهر قولهم الاقرار فى الايمان ركن زائد بان الركنية تقتضى الدخول والزيادة تقتضى الخروج فكيف يجتمعان ووجه الدفع ان الدخول بالنظر الى تناول اللفظ ظاهرا والخروج بالنظر الى التبعية حقيقة فلا منافاة (وفص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية كبنائها) اى كبناء الدار فى كونها من متناول اللفظ تبعا لا لفظا حتى لم يصح استثناؤها ايضا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او بيتا منها لانه دخل فيه لفظا فصح الاستثناء (كذا اذا قال بناؤها لى وارضها لفلان) يعنى اذا قال هكذا كانت الارض والبناء لفلان اذ الاقرار بالارض اقرار بالبناء تبعا كالاقرار

بالدار

بالدار (ولو قال وعرصتها لفلان) بعد ان قال بناؤها لى (كان كما قال) لان العرصة عبارة عن البقعة الخالية عن البناء والشجر فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان (وصح) اى الاقرار (بالف من ثمن قن عينه وانكر قبضه) يعنى قال له على الف درهم من ثمن قن اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر قنا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم القن وخذ الالف والا فلا شئ لك (فلو سلمه لزمه الالف والا فلا) هذه المسئلة على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم القن وجوابه ما ذكرنا لان ما ثبت بتصادقهما كالثابت عيانا والثانى ان يقول المقر له القن قنك ما بعته وانما بعتك قنا غيره وفيه المال لازم على المقر لانه اقر بوجوب المال عليه عند سلامة القن له وقد سلم حين اقر ذو اليد بانه ملكه فيلزمه المال والاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب فى السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال والثالث ان يقول القن قنى ما بعتك وحكمه ان لايلزم المقر شئ لانه انما اقر له بالمال اذا سلم له القن ولم يسلم له والرابع ان يقول القن قنى ما بعته وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا لان كلا منهما مدع ومنكر لان المقر يدعى تسليم قن عينه والآخر ينكر والمقر له يدعى على المقر الفا ببيع غيره وهو ينكر واذا تحالفا انتفى دعوى كل منهما عن صاحبه فلا يقضى عليه بشئ والعبد سالم لمن فى يده هذا اذا عين القن (وان لم يعينه لزم) اى الالف (ولغا انكاره) اى لايصدق فى قوله ما قبضت عند ابى حنيفة (وصل اوفصل) لانه رجوع عما اقر به والرجوع عن الاقرار باطل (كقوله من ثمن خمر اوخنزير) يعنى لو قال لفلان على الف درهم من ثمن خمر اوخنزير لزمه الالف وصل اوفصل لكونه رجوعا بعد الاقرار وقالا ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لانه بيان تغيير فصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء والشرط (وفى من ثمن متاع اوقرض وهى زيوف او نبهرجة او ستوقة اورصاص لزمه الجيد) يعنى لو قال له على الف درهم من ثمن متاع اوقال اقرضنى الف درهم ثم قال هى زيوف او نبهرجة اوستوقة اورصاص اوقال الا انها زيوف اوقال لفلان على الف درهم زيوف من ثمن متاع وقال المقر له جياد لزمه الجياد عند ابى حنيفة وصل اوفصل لما مر وقالا ان وصل صدق والا فلا لما مر ايضا (وفى من غصب اووديعة) عطف على قوله وفى من ثمن (ان ادعى) متعلق بقوله وفى من غصب (احد هذه المذكورات الاربع) يعنى ان قال له على الف درهم

من غصب او وديعة الا انها زيوف او نبهرجة (صدق) اى المدعى وصل او فصل اذ لا اختصاص للغصب والوديعة بالجياد دون الزيوف لان الغاصب يغصب مايجد والمودع يودع مايحتاج الى حفظه فلم يكن قوله زيوف تغيير الاول كلامه بل هو بيان النوع فصح موصولا ومفصولا (الا فصلا فى الاخيرين) يعنى ان قال له على الف درهم من غصب او وديعة الا انها ستوقة او رصاص فان وصل صدق وان فصل لا اذ الستوقة ليست من جنس الدراهم ولهذا لايجوز بها التجوز فى الصرف والسلم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيان تغيير فصح موصولا لامفصولا (قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب صدق) بيمينه ان لم يثبت الخصم سلامته لان الغصب لايقتضى السلامة (كما فى قوله على الف الا انه ينقص كذا متصلا) لما عرفت ان الاستثناء يصح متصلا لامنفصلا (قال) رجل (لاخر اخذت منك الفا وديعة فهلكت وقال الآخر بل غصبا ضمن) اى المقر لانه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير ثم ادعى مايوجب البراءة عنه وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكره فكان القول قوله مع يمينه الا ان ينكل عن اليمين فحينئذ لايلزمه المال (بخلاف قوله غصبتنيه فى رد) قوله (اعطيتنيه وديعة) اى لو قال المقر اعطيتنى الف درهم وديعة فهلك وقال المالك لابل غصبته منى لايضمن المقر لانه لم يقر بسبب الضمان والمقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله (قال كان هذا وديعة لى عندك فاخذته فقال هو لى اخذه) يعنى اذا اخذ رجل من رجل شيئا فقال الآخذ كان هذا وديعة لى عندك فاخذته فقال المأخوذ منه هو لى اخذه المأخوذ منه لان الآخذ اقر باليد له ثم الآخذ منه وهو سبب الضمان كما بين وادعى استحقاقه عليه فلا يقبل بل يجب عليه رد عينه قائما وقيمته هالكا (صدق من قال اجرت فرسى او ثوبى) اى فلانا (فركبه اولبسه ورده الى) وقال فلان كذبت بل الفرس والثوب لى وقد اخذتهما منى ظلما فالقول للمقر وللآخر البينة (او خاط ثوبى هذا بكذا فقبضته) اى لو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبى فالقول للمقر ايضا (قال هذا الالف وديعة لزيد لابل لبكر فالالف لزيد وعلى المقر مثله لبكر) لانه لما اقر به لزيد صح اقراره له وصار ملكا له وقوله بعد ذلك لابل لبكر رجوع عنه فلا يقبل قوله فى حق زيد ويجب عليه ضمان مثلها لبكر (اقر بدين لانسان ثم قال كنت كاذبا فيه) اى فى اقرارى (حلف المقر له

على عدم

على عدم كذبه) اى على ان المقر ما كان كاذبا فيما اقر لك به ولست بمبطل فيما تدعيه عليه عند ابى يوسف وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له والفتوى على انه يحلف المقر له لجريان العادة بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم يأخذون المال كذا فى الكافى

) باب اقرار المريض (

يعنى مرض الموت (دين صحته مطلقا) اى سواء علم بسببه او علم باقراره فيها (و) دين (مرض موته بسبب فيه) اى فى مرضه (معروف) كبدل ماملكه او اهلكه او مهر مثل عرسه وعلم معاينة (يقدمان على ما اقر به فيه) اى فى مرضه وعند الشافعى هذا يساوى الاولين لاستواء السبب وهو الاقرار ولنا ان المريض محجور عن الاقرار بالدين مالم يفرغ عن دين الصحة فالدين الثابت باقرار المحجور لايزاحم الدين الثابت بلا حجر كعبد مأذون اقر بالدين ثم اقر بالدين بعد الحجر فالثانى لايزاحم الاول (والكل) اى دين الصحة ودين المرض بسبب فيه معروف ودين المرض الذى علم بمجرد الاقرار فيه يقدم (على الارث) لان قضاء الدين من الحوايج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته فى التكفين (ولم يجز تخصيص غريم بقضاء دينه ولا اقراره لوارثه) سواء اقر بدين او عين لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * ان الله تعالى اعطى كل ذى حق حقه الا لا وصية لوارث (الا ان تصديق البقية) اى بقية الغرماء وبقية الورثة لان المانع من التخصيص تعلق حقهم بالتركة فاذا صدقوه زال المانع وجاز التخصيص (وجاز) اى اقرار المريض (لغيره) اى لغير الوارث لوجود المقتضى وانتفاء المانع اما الاول فلانه تصرف فى خالص ماله وهو يقتضى الجواز واما الثانى فلان المانع من الجواز كان الارث وقد انتفى (ولو) وصلية كان اقراره (بكل ماله) لماروى عن ابن عمر رضى الله عنه انه قال اذا اقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله والقياس ان لايصح اقراره الا فى الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا فى الثلث فكذا الاقرار وجب ان لا ينفذ الا فى الثلث ولكن ترك القياس لماروى عن ابن عمر رضى الله عنه (اقر له) اى لاجنبى (غلام ثم) اقر (ببنوته ثبت نسبه وبطل اقراره و) اقر (لاجنبية ثم نكحها صح) اقراره لها وعند زفر يبطل هذا الاقرار ايضا للتهمة ولنا انه اقر وليس بينهما

سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده بخلاف المسئلة الاولى لان دعوة النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار فلا يصح اما الزوجية فتقصير على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان لزوجته (بخلاف الهبة والوصية) اى بخلاف مالو وهب لها شيئا او اوصى لها بشئ ثم تزوجها فانهما تبطلان اتفاقا فان الوصية تمليك بعد الموت وهى وارثة حينئذ فلا تصح والهبة فى المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث كما سيأتى بيانه فى كتاب الوصية فصارت كالوصية (ولو اقر بدين لمن طلقها فيه) اى مرض موته (فلها الاقل من الارث) اى ميراثها منه (والدين) لقيام التهمة ببقاء العدة وباب الاقرار كان منسدا لبقاء الزوجية فربما اقدم على الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ارثها ولا تهمة فى اقلهما فيثبت (اقر رجل (بنوة غلام) حيث قال هذا ابنى (جهل نسبه فى مولده) وقدمر بيان فائدة هذا القيد (ويولد مثله لمثله وصدقه) اى الغلام ذلك المقر (وهو من اهله) اى من اهل التصديق (ثبت نسبه) اى نسب الغلام (منه) اى المقر (وشارك) اى الغلام (الورثة) شرط جهالة النسب لانه لو علم لم يثبت من الغير وان يولد مثله لمثله لئلا يكون مكذبا ظاهرا وان يصدقه الغلام لان المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه فى يد نفسه حتى اذا كان صغيرا لا يعتبر تصديقه ولذا قال وهو من اهله وشارك الورثة لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف (صح اقراره) اى الرجل (بالولد والوالدين) لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير (والزجة والمولى) لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما بلا اضرار باحد فينفذ (و) صح (اقرارها بالوالدين والزوج والمولى) لان الاصل ان اقرار الانسان حجة على نفسه لا على غيره وبالاقرار بهؤلاء لا يكون الا اقرارا الا على نفسه فيقبل (وشرط تصديقهم) لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم فى يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغيره يشترط تصديق مولاه (كما شرط تصديق الزوج) فى دعوى المرأة الولد (وشهادة امرأة) قابلة كانت او غيرها (فى اقرار) امرأة (ذات زوج بالولد وعدم العدة فى غيرها) اى فى اقرار امرأة غير ذات الزوج يعنى اذا لم تكن المرأة ذات زوج ولا معتدة صح اقرارها بالولد لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (وصح

التصديق بعد موت المقر الا من الزوج بعد موتها مقرة) يعنى صح التصديق فى النسب بعد موت المقر لبقاء النسب بعد الموت وان اقر بنكاحها ومات فصدقته بعد موته يصح حتى يكون لها المهر والارث لبقاء حكم النكاح وهو العدة وان اقرت بنكاح رجل وماتت فصدقها الزوج لم يصح تصديقه عند ابى حنيفة لانها لما ماتت زال النكاح بعلايقه حتى يجوز له ان يتزوج اختها واربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان الاقرار (اقر بنسب من غير ولاد كاخ وعم لم يثبت) اى النسب ولا يقبل اقراره فى حقه لان فيه تحميل النسب على الغير فاذا ادعى نفقة او حضانة يعتبر فى حقها (ويرث الا مع وارث وان بعد) يعنى ان كان للمقر وارث معروف قريب او بعيد فهو احق بالارث من المقر له حتى لو اقر باخ وله عمة او خالة فالارث للعمة او الخالة لان نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف (مات ابوه فاقر باخ شاركه فى الارث بلا نسب) لان مقتضى اقراره شيئان حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه وشركته فى الارث وله فيه ولاية فيعتبر الثانى لا الاول (اقر احد ابنى ميت له) اى لذلك الميت (على اخر دين بقبض) متعلق باقر (ابيه نصفه لا شئ له والنصف للآخر) يعنى ان مات وترك ابنين وله على رجل الف درهم فاقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه وكذبه الاخر فلا شئ للمقر وللمكذب نصفه لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان قبض الدين انما يكون بقبض عين مضمون حتى يصير دينا فيتقاصان فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه فما لم يقبض جميع الدين لا يكون له من الميراث شئ (ولا يرجع المقر على اخيه بنصف ماقبض وان تصادقا على اشتراكه) اى المقبوض (بينهما) لانه لو رجع على اخيه لرجع اخوه على الغريم فيرجع الغريم على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة فى ذلك القدر وبقائه دينا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدى الى الدور

)فصل(

(حرة اقرت بدين فكذبها زوجها صح) اى اقرارها (فى حقه) اى حق زوجها عند ابى حنيفة (حتى تحبس وتلازم) كالدين الثابت بالمعاينة بالاستهلاك او الشراء او بالبينة (وعندهما لا) اى لا تصدق فى حق الزوج فلا تحبس وتلازم لان فيه منع الزوج عن غشيانها واقرارها لا يصح فيما يرجع الى بطلان حق الزوج (مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان وصدقها) المقر له (ولها

زوج واولاد منه) اى من الزوج (وكذبها) اى الزوج (صح فى حقها) اى حق
المرأة حتى اذا علق بعد الاقرار ولد يكون رقيقا (لا حقه وحق الاولاد)
ففرع على قوله لا حقه بقوله (حتى لا يبطل النكاح) وفرع على قوله وحق
الاولاد بقوله (واولاد) حصلت (قبل الاقرار وما فى بطنها وقته) اى وقت
الاقرار (احرار) لحصولهم قبل اقرارها بالرق فاما ولد علق بعد الاقرار
فانه يكون رقيقا عند ابى يوسف اذ حكم برقها وولد الرقيقة رقيق وحرا
عند محمد لانه تزوجها بشرط حرية اولاده منها فلا تصدق على ابطال
هذا الحق (مجهول النسب حرر عبده ثم اقر بالرق لانسان وصدقه صح فى حقه
حتى صار رقيقا له (دون ابطال العتق) حتى بقى معتقه حرا (فان مات العتيق
اى العبد الذى اعتقه مجهول النسب (يرثه وارثه ان كان) اى ان كان له وارث
(والا) اى وان لم يكن له وارث (فالمقر له) اى يرثه المقر له لانه كان للمقر وقد
اقر للمقر له (فان مات المقر ثم العتيق فارثه لعصبة المقر) لانه لما مات انتقل الولاء
اليهم بخلاف ما لو كان حيا (قال لى عليك الف فقال الحق او الصدق او اليقين
اونكر) اى قال حقا او صدقا او يقينا (او كرر) اى قال الحق الحق او الصدق
الصدق او اليقين اليقين او حقا حقا او صدقا صدقا او يقينا يقينا (او قرن
به البر) بان قال البر الحق او الحق البر الخ (كان اقرارا) لانه مما يوصف به الدعوى
فصلح للجواب ويستعمل فى التصديق عرفا فكانه قال ادعيت الحق الخ (ولو قال
الحق حق او الصدق صدق او اليقين يقين لا) اى لا يكون اقرارا لانه كلام
تام بخلاف ما تقدم لانه لا يصلح للابتداء (قال لامته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبقة
او قال هذه السارقة فعلت كذا وباعها فوجد) اى المشترى (بها) اى بالجارية
(واحدا منها) اى من هذه العيوب (لا ترد) اى الامة بعد البيع (به) اى بواحد
من هذه العبارات لان غير الاخير نداء وقصد المنادى اعلام المنادى واحضاره
لا تحقيق الوصف الذى ناداه به ولهذا لو قال لامرأته يا كافرة لا يفرق بينهما
والاخيرة شتيمة (بخلاف هذه سارقة او آبقة او هذه زانية او مجنونة) حيث ترد
بواحد من هذه العبارات لانه اخبار وهو لتحقيق الوصف (و) بخلاف (يا طالق
او هذه المطلقة فعلت كذا) حيث تطلق امرأته لانه متمكن من اثبات
هذا الوصف شرعا فيجعل كلامه ايجابا ليكون صادقا فيما تكلم به وثمه لا يتمكن
من اثبات تلك الاوصاف فيها وكان نداء وشتما لا تحقيقا ووصفا كذا فى الكافى

) كتاب الشهادات (

اورده عقيب كتاب الاقرار لما مر ان الحاجة الى الشهادة بعد عدم الاقرار
فيكون متأخرا عنه فى الاعتبار (هى) اى الشهادة (اخبار بحق للغير على آخر
سواء كان حق الله تعالى او حق غيره (عن يقين) اى ناشيا عن يقين (لا عن
حسبان وتخمين) واليه الاشارة بقوله صلى الله عليه وسلم * اذا رأيت مثل
الشمس فاشهد والا فدع * ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التى بمعنى المعاينة
(وشرطها العقل الكامل) بان يكون عاقلا بالغا فلا يقبل شهادة المجنون والصبى
(والضبط) وهو حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء (والولاية)
بان يكون حرا فلا يقبل شهادة القن (وركنها) الداخل فى حقيقتها (لفظ
اشهد) بمعنى الخبر دون القسم ذكره الزيلعى حتى اذا ترك لم يقبل الشهادة
(وحكمها وجوب الحكم على القاضى بموجبها بعد التزكية) والقياس يأبى
كونها حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكنه ترك بالنصوص والاجماع
(وتجب) اى الشهادة (بالطلب) اى طلب المدعى (فى حق العبد) وانما اعتبر
طلبه لانها حقه فيشترط طلبه كما فى سائر الحقوق (ان لم يوجد بدله) ولا يجوز
كتمانها لقوله تعالى * ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا * ثم انه انما يأثم اذا علم
ان القاضى يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضى لا يقبل شهادته
او كانوا جماعة فادى غيره ممن يقبل شهادته فقبلت لا يأثم وان ادى غيره ولم يقبل
شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن يقبل شهادته لان امتناعه يؤدى الى
تضييع الحق (دون حق الله تعالى) فانها تجب فيه بلا طلب (كعتق الامة
وطلاق المرأة) فان فيهما تحريم الفرج وترك الشهادة فيهما رضاء بالفسق
والرضاء به فسق (وسترها فى الحدود افضل) لقوله عليه الصلوة والسلام
* للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك * وتلقينه للدرء بقوله * لعلك
لمستها او قبلتها * آية ظاهرة على رجحان الستر (ويقول فى السرقة اخذ
لا سرق) احياء لحق المسروق منه ورعاية لجانب الستر (ونصابها للزنا اربعة
رجال) لقوله تعالى * واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن
اربعة منكم * ولقوله تعالى * ثم لم يأتوا باربعة شهداء * (و) نصابها (لبقية
الحدود والقود رجلان) لقوله تعالى * فاستشهدوا شهيدين من رجالكم *
ولا يقبل فيها شهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية (و) نصابها
(للولادة واستهلال الصبى للصلوة عليه والبكارة وعيوب النساء فى موضع
لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة) لقوله صلى الله عليه وسلم * شهادة النساء

جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس اذا لم يكن ثمه معهود اذ الكل ليس بمراد قطعا فيراد به الاقل لتيقنه (و) نصابها (لغيرها) من الحقوق سواء كان (مالا او غيره كنكاح وطلاق ووكالة ووصية واستهلال الصبي للارث رجلان او رجل وامرأتان) لما روى ان عمر وعليا رضى الله تعالى عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال فى النكاح والفرقة كما فى الاموال وتوابعها (ولزم فى الكل) من الصور الاربع المذكورة (لفظ اشهد للقبول) حتى لو قال الشاهد اعلم او اتيقن لاتقبل شهادته لان النصوص وردت بهذا اللفظ وجواز الحكم بالشهادة على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص (و لزم ايضا العدالة) وهى كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب من الكبائر وترك الاصرار على الصغائر لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار على ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لاصغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار (لوجوبه) اى وجوب القول لقوله تعالى* واشهدوا ذوى عدل منكم* ولان الخبر يحتمل الصدق والكذب والحجة هو الخبر الصدق وبالعدالة يترجح جهة الصدق اذ من ارتكب غير الكذب من المحظورات يرتكب الكذب ايضا وفيه اشارة الى ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لاشرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل للولاية والقضاء والسلطنة والامامة والشهادة عندنا وعن ابى يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها فى الناس ذا مروة يقبل شهادته والاصح ان شهادته لاتقبل الا ان القاضى لو قضى بشهادته يصح عندنا كذا فى الكافى (وهى) اى الشهادة (لو كانت (على حاضر يجب الاشارة) اى اشارة الشاهد (الى ثلثة مواضع) اعنى الخصمين) اى المدعى والمدعى عليه (والمشهود به لو) كان (عينا) احترازا عن الدين (ولو) كانت (على غائب او ميت فسموه ونسبوه الى ابيه فقط) بان قالوا على فلان بن فلان (لاتقبل حتى ينسبوه الى جده ولاينوب به صناعته) اى ان ذكروا اسمه واسم ابيه وصناعته لايكفى (الا اذا كان معروفا بها) بان لايكون فى بلده شريك له فى تلك الصناعة وان ذكر اسمه واسم ابيه وقبيلته وحرفته ولم يكن فى محلته رجل آخر بهذا الاسم وهذه الحرفة يكفى وان كان آخر مثله لايكفى حتى يذكر شيئا آخر يفيد التمييز ولو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه او صناعته ولم يذكر الجد تقبل فشرط التعريف ذكر ثلثة اشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم ابيه قيل يكفى والصحيح انه لايكفى

وفى

وفى اشتراط ذكر الجد اختلاف (ولو قضى بلا ذكر الجد نفذ) كذا فى العمادية (ولايسأل عن شاهد بلا طعن الخصم) يعنى ان القاضى يقتصر على ظاهر العدالة فى المسلم ولايسأل ولايتفحص ان الشاهد عدل اولا اذا لم يطعن فيه الخصم واذا طعن سأل القاضى عنه فى السر وزكى فى العلانية (الا فى حد وقود) فانه يسأل فى السر ويزكى فى العلانية فيهما بالاجماع طعن الخصم اولا لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها (وعندهما يسأل فى الكل سرا وعلنا) وان لم يطعن الخصم لان بناء القضاء على الحجة وهى شهادة العدل فيتعرف عن العدالة (وبه يفتى) ثم التزكية فى السر ان يبعث قطعة قرطاس كتب فيه اسماء الشهود وحليتهم ويلتمس من المزكى تعريف حالهم والتزكية فى العلانية ان يجمع القاضى بين المزكى والشهود فى مجلس القضاء فيسأل المزكى عن الشهود بحضرة الشهود اهؤلاء عدول مقبول الشهادة ليزكيهم او يجرحهم ووقع الاكتفاء بتزكية السر فى زماننا لان تزكية العلانية بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعى يقابلون الجارح بالاذى والاضرار به (وكفى للتزكية ان يقول المزكى) اى يكتب المزكى فى ذلك القرطاس تحت اسمه (هو عدل) ومن عرفه بالفسق لايكتب شيئا احترازا عن الهتك او يكتب الله اعلم (وان لم يقل جائز الشهادة) قال فى الكافى ثم قيل لابد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة اذ العبد او المحدود فى القذف اذا تاب قد يعدل والاصح ان يكتفى بقوله هو عدل لثبوت الحرية بالدار اقول فيه اشكال لان المحدود فى القذف التائب قد يكون معدلا كما ذكره فلابد من قوله جائز الشهادة ليخرج وهذا لايرد على عبارة الهداية اذ لم يذكر فيها المحدود فى القذف ولكن لابد فيه ايضا من اعتبار هذا القيد ليخرجه فحينئذ لايكون الاكتفاء بقوله هو عدل اصح (ولايصح تعديل الخصم) هكذا قال ابو ح يعنى ان تعديل المدعى عليه الشهود لايصح لان من زعم المدعى وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب فى الانكار وتزكية الكاذب الفاسق لاتصح وعندهما يصح ان كان من اهله بان كان عدلا لكن عند محمد لابد من ضم آخر اليه لعدم جواز تعديل الواحد وابو يوسف يجوزه كما سيأتى والمراد بتعديله تزكيته بقوله (هم عدول لكنهم اخطأوا او نسوا او هم عدول) ولم يزد على هذا (واما لو (قال صدقوا او عدول صدقة فقد لزم الحكم) لانه اقرار منه بثبوت (الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم يزد عليه حيث لايلزمه شئ لانهم مع كونهم عدولا

يجوزمنهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا (كفى واحد للتزكية والترجمة الشاهد والرسالة الى المزكى) لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيها الا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود في القذف التائب لان خبرهم مقبول فى الامور الدينية (والاحوط اثنان) لان فيه زيادة طمانينة هذا كله فى تزكية السر واما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع مايشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر ولذا تختص بمجلس القضاء (لسامع) اى يجوز لسامع (مايتعلق بالاقوال) كالبيع بان سمع قول البائع بعت وقول المشترى اشتريت والاقرار بان سمع قول المقر لفلان على كذا (اورائى مايتعلق بالافعال) كحكم قاض اوغصب اوقتل (ان يشهد) فاعل قوله يجوز المقدر فى قوله لسامع (وان لم يشهد عليه) ويقول اشهد انه باع اواقر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد ظاهر وان كان بالتعاطى فكذا لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لايشهدون على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمى لا حقيقى (ويقول اشهد لااشهدنى) كيلا يكون كاذبا (ولايسعه الشهادة بسماعه من وراء الحجاب) اى لو سمع الشاهد صوت من يشهد عليه من وراء الحجاب لايسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة (الا تعين القائل) بان يكون فى البيت وحده وعلم الشاهد انه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس فيه مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولم يره اذ حينئذ يحصل به العلم لكن ينبغى للقاضى ان لا يقبله اذا فسر له اذ ليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير فان الشهادة بالتسامع تقبل فى بعض الحوادث لكن اذا صرح به لم تقبل كما سيأتى (اويرى شخص القائلة وشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان) قال الفقيه ابو الليث اذا اقرت امرأة من وراء الحجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان لايجوز لمن سمع اقرارها ان يشهد عليها الا اذا رأى شخصها يعنى حال ما اقرت فحينئذ يجوز ان يشهد على اقرارها بشرط رؤية شخصها لارؤية وجهها قال ابو بكر الاسكاف المرأة اذا حسرت عن وجهها فقالت انا فلانة بنت فلان بن فلان وقد وهبت لزوجى مهرى فان الشهود لايحتاجون الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان ابن فلان مادامت حية اذ يمكن للشاهدان يشيرا اليها فان ماتت فحينئذ يحتاج

الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان كذا فى العمادية (ولايشهد على الشهادة مالم يشهد عليها) لانها تصرف على الاصيل بازالة ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه فلابد من الانابة والتحميل منه (ولا) يشهد ايضا (من رأى خطه) اى الذى كتب فيه شهادته (ولم يذكرها) اى شهادته (كذا القاضى) يعنى اذا وجد فى ديوانه اقرار رجل لرجل بحق اوشهادة شهود شهدوا لرجل على رجل بحق وهو لايذكره لايحكم به ولاينفذه حتى يتذكره (و) كذا (الراوى) يعنى اذا لم يتذكر لايحل له الرواية لان كلا منها لايحل الا عن علم ولا علم هنا لان الخط يشبه الخط (ولا بالتسامع الا فى النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى واصل الوقف) فان الشهادة بالتسامع جائزة فيها (اذا اخبر بها رجلان اورجل وامرأتان عدولا) والقياس ان لاتجوز لان الشهادة لاتجوز الا بعلم كامل ولايحصل العلم الا بالمشاهدة والعيان او بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل اولى لان حكم المال اسهل من حكم النكاح وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الاعصار فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل تلك الاحكام بخلاف البيع والهبة والاجارة ونحوها لانه كلام يسمعه كل احد وانما يجوز ان يشهد بالتسامع اذا حصل له العلم بالتواتر او بالاشتهار او باخبار من يثق به ويشترط ان يخبره رجلان عدلان اورجل وامرأتان لانه اقل نصاب يفيد العلم الذى يبتنى عليه الحكم فى المعاملات وقيل يكتفى فى الموت باخبار واحد او واحدة لان الناس يكرهون مشاهدة تلك الحالة فلا يحضره غالبا الا واحد اوواحدة بخلاف النسب والنكاح وينبغى ان يطلق اداء الشهادة بان يقول اشهد ان فلان بن فلان مات ولا يفسر حتى لو فسر للقاضى انه شهد بالتسامع لم يقبل شهادته هو الصحيح وانما قال اصل الوقف لانه يبقى على انقراض القرون دون شرائطه لان اصل الوقف يشتهر فاما شرائطه التى شرطها الواقف فلا تشتهر قال الشيخ الامام ظهير الدين المرغينانى لابد من بيان الجهة بان شهدوا ان هذا وقف على المسجد او المقبرة ونحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك فى شهادتهم لايقبل شهادتهم وتأويل قولهم لايقبل شهادتهم على شرائط الواقف ان بعد

ماذكروا ان هذا وقف على كذا لا ينبغى لهم ان يشهدوا انه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا ولو قال ذلك فى شهادتهم لا تقبل شهادتهم كذا فى الكافى ويشهد رائى جالس مجلس القضاء يتردد اليه الخصوم انه قاض) وان لم يعاين تقليد الامام اياه (و) يشهد ايضا رائى (رجل وامرأة يسكنان بيتا وبينهما انبساط الازواج انها عرسه) كما لو رأى عينا فى يد غيره عملا بظاهر الحال (و) يشهد ايضا رائى (شئ سوى الرقيق المعبر) فان غير المعبر حكمه حكم العروض (فى يد) متعلق بالرائى المقدر (متصرف كالملاك) اى كما يتصرف الملاك (انه له) متعلق بيشهد المقدر صورته رجل رأى عينا فى يد انسان ثم رأى ذلك العين فى يد آخر والاول يدعى الملك وسعه ان يشهد انه للمدعى لان الملك فى الاشياء لا يعرف يقينا بل ظاهرا فاليد بلا منازعة دليل الملك ظاهرا (اذا شهد به) اى بانه ملكه (قلبه) فان وقع فى قلبه انه ملك الغير لا يحل له الشهادة بالملك له لان الاصل اعتبار اليقين فى جواز الشهادة لما مر من قوله صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع فاذا تعسر ذلك يصار الى ما يشهد به القلب (فان فسر) اى الشاهد (للقاضى شهادته بالتسامع فى الصورة الاولى (او بحكم اليد) فى الصورة الاخيرة (بطلت) فانه اذا اطلق وقع فى قلب القاضى صدقه فيكون شهادة منه عن علم ولا كذلك اذا فسر وقال سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد كذا فى الكافى (الا فى الوقف) فان الشاهدين اذا فسرا شهادتهما بالتسامع تقبل ذكره فى العمادية (شهد انه شهد) اى حضر (دفن زيد اوصلى عليه فهو معاينة) حتى لو فسر للقاضى يقبله اذ لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه (شهادة بالايجاب شهادة بالقبول فى المعاوضات) كالبيع والاجارة والنكاح ونحوها (حتى لو شهدوا على تزويج الاب فقط) اى بلا ذكر القبول (تقبل) اى الشهادة (بخلاف الهبة) حتى لو شهدوا بالهبة بلا ذكر القبول لم تقبل كذا فى العمادية

) باب القبول وعدمه (

(تقبل من اهل الاهواء) اعلم ان اهل الاهواء على ما ذكر فى الكتب الكلامية اهل القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقد اهل السنة وهم الجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثنى عشر فرقة فصاروا اثنين وسبعين فرقة (وعندنا) تقبل شهادتهم خلافا للشافعى (الا الخطابية) هم من غلاة الروافض يعتقدون جواز الشهادة لكل من حلف

عندهم

عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فيتمكن الشبهة فى شهادتهم (و) تقبل من (الذمى على مثله وان اختلفا ملة) كاليهود مع النصارى (و) تقبل من الذمى (على المستأمن) لان الذمى اعلى حالا منه لكونه من اهل دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمى ولا يقتل بالمستأمن (بلا عكس) اى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمى لقصور ولايته عليه لكونه ادنى حالا منه (و) تقبل الشهادة (منه) اى من المستأمن (على مثله ان اتحد دارهما) وان كانوا من اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجرى التوارث بينهما (و) تقبل ايضا (من عدو بسبب الدين) فان العداوة الدينية تدل على قوة دينه وعدالته بخلاف العداوة الدنيوية فانها حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه (و) تقبل ايضا (من مسلم) اى مرتكب معصية صغيرة بلا اصرار عليها (ان اجتنب الكبائر) وهو معنى العدالة كما مر (و) تقبل ايضا من (اقلف) لاطلاق النصوص بلا تقييد بالختان ولانه لا يخل بالعدالة هذا اذا تركه لعذر به من كبر او خوف هلاك وان تركه استخفافا بالدين لم تقبل لانه لا يكون عدلا ولم يقدر ابو حنيفة رحمه الله تعالى له وقتا اذ لم يرد به كتاب ولا سنة ولا اجماع والمقادير لا تعرف بالرأى وقدره المتأخرون فقيل سبع سنين الى عشر سنين وقيل اليوم السابع من ولادته او بعده الى ان يحتمله ولا يهلك به (و) من (الخصى وولد الزنا والخنثى) اذ كانوا عدولا فان قطع العضو وجناية الابوين لا يوجب قدحا فى العدالة وقبل عمر رضى الله تعالى عنه شهادة علقمة الخصى والخنثى اما رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة ثم انه ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امرأة فى حق الشهادة احتياطا (والعتيق للمعتق) (وبالعكس) لعدم التهمة وقد ثبت ان قنبرا شهد لعلى عند شريح فقبل شهادته وهو كان عتيق على (والعمال) المراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا على الظلم قالوا هذا كان فى زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح فاما الذين فى زماننا فلا يقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم كذا فى الكافى (و) تقبل الشهادة (لاخيه وعمه ومن حرم رضاعا او مصاهرة) كام امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة ابيه وابنه لان الاملاك بينهم متميزة والايدى متحيزة ولا بسوطة لبعضهم فى مال البعض فلا يتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولادا او شهادة احد الزوجين للآخر (و) تقبل (من كافر

على عبد كافر مولاه او) على حر كافر (موكله مسلم) يعنى تجوز شهادة الكافر على عبد كافر مولاه مسلم وعلى وكيل كافر موكله مسلم (بلا عكس) اى لا تجوز شهادة الكافر على عبد مسلم مولاه كافر وعلى وكيل مسلم موكله كافر فان مسلما اذا كان له عبد كافر اذن له بالبيع والشراء فشهد عليه شاهدان كافران بشراء او بيع جازت شهادتهما عليه لان هذه شهادة كافر قامت على اثبات امر على الكافر قصدا ولزم منه الحكم على المولى المسلم ضمنا ولو كان المولى كافرا والعبد المأذون مسلما لا تقبل شهادة الكافر عليه لان هذه شهادة كافر قامت على اثبات امر على المسلم قصدا ولو ان مسلما وكل كافرا بشراء او بيع فشهد على الوكيل شاهدان كافران بشراء او بيع جازت شهادتهما عليه لانها قامت لاثبات امر على الكافر ولو ان كافرا وكل مسلما بشراء او بيع لا تقبل شهادتهما عليه لانها شهادة كافر قامت لاثبات امر على المسلم قصدا كذا فى شرح المسعودى لتلخيص الجامع الكبير (لا من كافر على مسلم) عطف على قوله تقبل من اهل الاهواء (الا فى الوصاية والنسب اذا ادعى حقا من قبل الميت على خصم حاضر) يعنى اذا ادعى الايصاء من نصرانى واقام شاهدين نصرانيين على خصم مسلما وادعى ان فلان بن فلان النصرانى مات وهو وارثه واحضر مسلما للميت عليه دين واقام شاهدين نصرانيين على نسبه تقبل وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل وجه الاستحسان ان المسلمين لا يحضرون موت النصارى والوصاية تكون عند الموت غالبا وسبب ثبوت النسب النكاح وهم لا يحضرون نكاحهم فلو لم تقبل شهادة النصرانى على المسلم فى اثبات الايصاء الذى بناؤه على الموت والنسب الذى بناؤه على النكاح ادى الى ضياع الحقوق المتعلقة بالايصاء فقبلت ضرورة كما قبلت شهادة القابلة للضرورة (و) لا من (اعمى) لان الاداء يفتقر الى التميز بين الخصمين والمشهود به ان كان منقولا ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود (ومرتد) اذ الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له على احد فلا تقبل شهادته ولو على كافر (ومملوك وصبى) اذ لا ولاية لهما على انفسهما فعلى غيرهما اولى (الا ان يتحملاها) اى الشهادة (فى الرق والصغر واديا بعد الحرية والبلوغ) فح تقبل لان التحمل بالمعاينة او السماع وهما لا ينافيانهما وعند الاداء هما من اهل الشهادة (ومحدود فى قذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا (الا ان يحد كافر فيسلم) فان الكافر اذا حد فى القذف لم تجز شهادته على

اهل

اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبل شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بالاسلام ولم يلحقها رد وهى الشهادة على اهل الاسلام لانها لم تكن ثابتة زمان الرد والحد فلما جازت شهادته على اهل الاسلام جازت شهادته على الكافر ضرورة بخلاف العبد اذا حد بالقذف ثم عتق حيث ترد شهادته اذ لا شهادة للعبد اصلا حال رقه فيتوقف الرد على حدوثها له فاذا حدث كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (ومسجون فى حادث السجن) يعنى اذا حدث بين اهل السجن حادثة فى السجن واراد بعضهم ان يشهد فى تلك الحادثة لم تقبل لكونهم متهمين كذا فى الجامع الكبير (واصله وفرعه وزوج وعرس وسيد لعبده ومكاتبه) الاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجر * والمراد بالاجير على قول المشايخ التلميذ الخاص الذى يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم * لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل هو الاجير مسانهة او مشاهرة لانه يستوجب الاجر بمنافعه فاذا شهد له فى مدة الاجارة فكانه استأجره عليها (وشريك فيما يشتركان فيه) لانها شهادة لنفسه من وجه فلو شهد فيما لا يشتركان فيه تقبل لعدم التهمة (ومخنث يفعل الردى) لاصراره على الفسق واما من فى كلامه لين وفى اعضائه تكسر ولم يشتهر بشئ من الافعال الردية فلا يرد شهادته (ونائحة ومغنية) لارتكابهما الحرام طمعا فى المال والمراد بالنائحة التى تنوح فى مصيبة غيرها واتخذته مكسبا والتغنى للهو حرام فى جميع الاديان خصوصا اذا كان من المرأة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد هنا بقوله للناس وقيد به فيما سيأتى (ومد من الشرب) اى شرب الاشربة المحرمة فان ادمان شرب غيرها لا يسقط الشهادة ما لم يسكر على اللهو) شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك لا يخرج من كونه عدلا وان كان شرب الخمر كبيرة وانما يسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك او يخرج سكران ويلعب به الصبيان اذ لا مروة بمثله ولا يحترز عن الكذب عادة كذا فى الكافى (وعدو بسبب الدنيا) قال فى المحيط لا تجوز شهادة رجل على رجل بينهما عداوة فى شئ من امور الدنيا وقال الزاهدى ما ذكر فى المحيط اختيار المتأخرين واما الرواية المنصوصة

فبخلافه فانه اذا كان عدلا تقبل شهادته قال وهو الصحيح وعليه الاعتماد
(ومن يلعب بالطيور) لشدة غفلته واصراره على نوع لهو ولان الغالب
انه ينظر الى العورات فى السطوح وغيرها وهو فسق فاما اذا امسك الحمام
للاستيناس ولا يطيرها فلا تزول عدالته لان امساكها فى البيوت مباح
(والطنبور) لانه من اللهو (او يغنى للناس) لانه يصير على نوع فسق ويجمعهم
على ارتكاب كبيرة ولا يمتنع عادة عن المجازفة والكذب واذا كان لا يسمع غيره
ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة فلا يقدح فى الشهادة (او يرتكب ما يحد به)
اى يأتى نوعا من الكبائر الموجبة للحد لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده وذا دليل
قلة ديانته فلعله يجترئ على الشهادة زورا كذا فى الكافى اقول ظاهر هذا
مخالف لما نقلنا عنه فى شرب الخمر سرا لكن التوفيق بينهما ان المراد بارتكاب
ما يحد به ليس ارتكاب ما من شانه ان يحد به بل ارتكاب ما يحد به بالفعل ولا يكون
ذلك الا باظهاره واطلاع الشهود عليه (او يدخل الحمام بلا ازار) لان كشف
العورة حرام ومع ذلك يدل على عدم المبالاة (او يأكل الربوا) لانه فاسق
وشرط فى المبسوط ان يكون مشهورا باكل الربوا لان التجار قلما يتخلصون
عن الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربوا فلا بد من الاشتهار (او يلعب
بنرد او يقامر بشطرنج او يترك به) اى بالشطرنج (الصلوة) لان كلا منها كبيرة
تدل على الدناءة واما مجرد اللعب بالشطرنج بدون قمار و ترك صلوة فليس
بفسق مانع للشهادة وان كان مكروها عندنا لان للاجتهاد فيه مساغا لكونه
مباحا عند الشافعى واما من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة مطلقا
(او يبول او يأكل على الطريق) قيد لهما (او يظهر سب السلف)
وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم لان هذه الافعال
تدل على قصور عقله ومروته ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب بخلاف
من لا يرتكبها (ولو شهدا) اى ابنا الميت (ان اباهما اوصى اليه) اى جعل هذا
الشخص وصيا (وهو) اى ذلك الشخص (يدعيه) اى كونه وصيا (صحت)
اى شهادتهما استحسانا وان انكر الوصى ذلك لم تقبل والقياس ان لا تقبل
وان ادعى (كشهادة دائنى الميت) اى غريمين لهما على الميت دين (ومديونيه)
اى غريمين للميت عليهما دين (والموصى لهما) اى رجلين اوصى لهما الميت
ووصيه على الايصاء) اى نصب الوصى وهو متعلق بقوله كشهادة وكان
القياس ان لا تقبل شهادة هؤلاء لانهما يجران الى انفسهما مغنما بشهادتهما

فيرد ذلك لان الوارثين قصدا بها نصب من يتصرف لهما ويقوم باحياء
حقوقهما والغريمين قصدا نصب من يستوفيان حقهما او يبرأن بالدفع
اليه والوصيين قصدا نصب من يعينهما على التصرف فى مال الميت والموصى
لهما قصدا نصب من يدفع اليهما حقهما وجه الاستحسان انها ليست
بشهادة حقيقة لانها توجب على القاضى ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست
كذلك لتمكنه من نصب الوصى اذا رضى الوصى والموت معروف حفظا
لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتأمل فى صلاحية من ينصبه
واهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوه مؤنة التعيين ولم يثبتوا بها شيئا فصارت
كالقرعة فى كونها ليست بحجة بل دافعة مؤنة تعيين القاضى (وان شهدا
ان اباهما الغائب وكله بقبض دينه ردت) اى شهادتهما (سواء ادعى)
اى الوكيل الوكالة (او لا) لتمكن الشبهة فى شهادتهما لانهما يشهدان
لابيهما وقدم بطلانها (كالشهادة على جرح مجرد) وهو ما يفسق به الشاهد
ولا يوجب عليه حق الشرع او العبد فانها لا تقبل (كفاسق او آكل الربوا وانه
استأجرهم) ونحو ذلك كما سيأتى لانها انما تقبل فيما يدخل تحت الحكم وفى
وسع القاضى الزامه والفسق ليس كذلك لانه يدفعه بالتوبة والاستيجار
وان كان امرا زائدا على الجرح لكن لا خصم فى اثباته اذ لا تعلق له بالاجرة حتى
لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعى استأجرهم بكذا واعطاهم ذلك من مالى
الذى عنده تقبل كما سيأتى قال صدر الشريعة اذا قام البينة على العدالة فاقام
الخصم البينة على الجرح ان كان الجرح جرحا مجردا لا يعتبر بينة الجرح وانما
قلت ان صورة المسئلة هذا لانه ان لم يقم البينة على العدالة فاخبر مخبر
ان الشهود فساق او اكلة الربوا فان الحكم لا يجوز قبل ثبوت العدالة لا سيما
اذا اخبر مخبر ان الشهود فساق اقول تحقيقه ان جرح الشاهد قبل التعديل
دفع للشهادة قبل ثبوتها ومن باب الديانات ولذا قبل فيه خبر الواحد كما مر
فى كتاب الكراهية والاستحسان وبعد التعديل رفع للشهادة بعد ثبوتها حتى
وجب على القاضى العمل بها ان لم يوجد الجرح المعتبر ومن القواعد المقررة
ان الدفع اسهل من الرفع وهو السر فى كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل
ولو من واحد وغير مقبول بعده بل يحتاج الى نصاب الشهادة واثبات حق
الشرع او العبد فاضمحل بهذا التحقيق ما اعترض عليه بعض المتصلفين
بلا شعور على مراد القائل ومع ذلك ذاهل عن القواعد وغافل حيث قال

اقول فيه نظر اذ الغرض ان مثل هذه الشهادة لا يعتبر سواء كان قبل تعديل الشهود او بعده فلا حاجة الى ما ذكره من الصورة المقيدة ولذلك قلت (بعد التعديل وقبله قبلت مثل ان يشهدوا على ان شهود المدعى فسقة او زناة او اكلة الربوا او شربة خمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او) على اقرارهم (انهم اجراء فى هذه الشهادة او) على اقرارهم (ان المدعى مبطل فى هذه الدعوى او انه لا شهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة) وانما لم تقبل هذه الشهادات بعد التعديل لان العدالة بعد ما ثبتت لا ترتفع الا باثبات حق الشرع او العبد كما عرفت وليس فى شئ مما ذكر اثبات واحد منهما بخلاف ما اذا وجدت قبل التعديل فانها كافية فى الدفع كما مر (وقبلت على اقرار المدعى بفسقهم او اقراره (بشهادتهم بزور او بانه استأجرهم على هذه الشهادة) لانه اقرار منه بانه لا حق له فى دعواه (و) قبلت ايضا على (انهم) اى الشهود (عبيد او محدودون لقذف او انهم زنوا ووصفوا الزنى او سرقوا منى كذا او شربوا الخمر ولم يتقادم العهد) بان لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى قيد بعدم التقادم اذ لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحق متقادم مردودة (او شركاء المدعى والمدعى مال) هم يشتركون فيه (او قذفة والمقذوف يدعيه او انه استأجرهم بكذا واعطاهم اياه) اى الاجر (مما كان لى عنده او انى صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا على زورا وشهدوا زورا فانا) اطلب ما اعطيتهم وانما قبلت فى هذه الصور لان فى بعضها حق الله وفى بعضها حق العبد والحاجة ماسة الى احياء هذه الحقوق (من) اى شاهد (رده قاض فى حادثة) اى لم تقبل شهادته فيها (لبس لآخر) اى قاض غيره (قبوله فيها) لان الظاهر ان رد الاول لوجه شرعى فلا يجوز مخالفة الثانى له (شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل فى مثل ان شهدا بالدار بلا ذكر انها فى يد الخصم فشهد به آخران) فانهما تقبلان لان الحاجة الى الشهادة لاثبات يد المدعى عليه حتى يصير خصما فى اثبات الملك للمدعى ولا فرق فى ذلك بين ان يثبت كلا الحكمين بشهادة فريق واحد او فريقين ثم اذا شهدا انها فى يد المدعى عليه سألهم القاضى اعن سماع تشهدون انها فى يده او عن معاينة لانهم ربما سمعوا اقراره انها فى يده وظنوا ان ذلك يطلق لهم الشهادة كذا فى العمادية (وان شهدا بالملك فى المحدود وآخران بالحدود) حيث تقبلان لما ذكر (وان شهدوا على الاسم والنسب

ولم يعرفوا الرجل بعينه فشهد آخران انه المسمى به) اى بذلك الاسم وسيأتى نظائرها (شهد عدل فقال اوهمت بعض شهادتى لم يضرها) يعنى بعد ما شهد تذكر لفظا تركه فى شهادته فذكره تقبل اذا لم يكن فيه مناقضة واطلق فى الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح عن مكانه جاز ذلك اذا كان عدلا ولم يشترط عدم المناقضة وانه شرط حسن ذكره الزاهدى (بينة الموت من الجرح اولى من بينة الموت بعد البرأ) يعنى جرح رجل انسانا ومات المجروح فاقام اولياؤه بينة انه مات بسبب الجرح واقام الضارب بينة انه برئ ومات بعد عشرة ايام فبينة اولياء المقتول اولى (و بينة الغبن اولى من بينة كون القيمة مثل الثمن) يعنى ان وصيا باع كرم الصبى و بلغ الصبى وادعى غبنا واقام بينة واقام المشترى بينة ان قيمة الكرم فى ذلك الوقت مثل الثمن فبينة الغبن اولى لانها تثبت امرا زائدا ولان بينة الفساد ارجح من بينة الصحة (و) بينة كون المتصرف عاقلا اولى من) بينة (كونه مخلوط العقل او مجنونا) يعنى ان امة قامت بينة ان مولاها دبرها فى مرض موته وهو عاقل واقامت الورثة بينة ان مولاها كان مخلوط العقل فبينة الامة اولى وكذا اذا خالع امرأته ثم اقام الزوج بينة انه كان مجنونا وقت الخلع واقامت بينة على كونه عاقلا حينئذ او كان مجنونا وقت الخصومة فاقام وليه بينة انه كان مجنونا والمرأة على انه كان عاقلا فبينة المرأة اولى فى الفصلين (و) بينة (الاكراه اولى من) بينة (الطوع) يعنى لو اثبت اقرار انسان بشئ طايعا فاقام المدعى عليه بينة انى كنت مكرها فى ذلك الاقرار فبينة الاكراه اولى لانها تثبت خلاف الظاهر

) باب الاختلاف فى الشهادة (

اعلم ان مبنى الباب على اصول مقررة منها ان الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى من مدع لان ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل بخلاف حقوق الله حيث لا يشترط فيها الدعوى لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكل احد خصم فى اثباتها فصار كان الدعوى موجودة ومنها ان الشهود اذا شهدوا باكثر من المدعى كان المدعى مكذبهم فتبطل شهادتهم وان شهدوا بالاقل تقبل للاتفاق فيه ومنها ان الملك المطلق ازيد من المقيد لثبوته من الاصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب ومنها ان الاختلاف بين الشاهدين ليس كالاختلاف بين الدعوى والشهادة لان شهادة الشاهدين ينبغى ان يكون كل منهما مطابقة للاخرى فى المعنى

وفى لفظ لايوجب اختلاف المعنى اما المطابقة بين الدعوى والشهادة فينبغى ان تكون فى المعنى فقط ولاعبرة باللفظ كذا فى الفصول وسيأتى زيادة توضيح له وبه يعلم ان عبارة الوقاية ليست كما ينبغى حيث قال شرط موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى ولهذا قلت (تجب مطابقة الشهادة للدعوى) لالفظا ومعنى معا بل (معنى) فقط (فلو ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب) كدعوى الدار بالارث مثلا (قبلت) لانهم شهدوا باقل مما ادعى وذلك لايمنع قبول الشهادة للمطابقة معنى كما مر (وبعكسه) اى لوادعى ملكا بسبب وشهدا بملك مطلق (لا) اى لاتقبل لانهما شهدا باكثر مما ادعى فتبطل كما مر (و) يجب (تطابق الشهادتين فى المعنى ولفظ لايوجب اختلافه) اى اختلاف المعنى بان يتطابق لفظهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا التضمن وعندهما يكفى الاتفاق فى المعنى حتى اذا ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم المطابقة لفظا وعندهما يقضى باربعة لاتفاق الشاهدين الاخرين فيها معنى (فلو شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج قبلت) لاتحادهما معنى (كذا الهبة والعطية ونحوهما ولو شهد احدهما بالف والآخر بالفين اوما ئة وما ئتين اوطلقة وطلقتين اوثلث ردت) لاختلاف المعنيين (كما اذا ادعى غصبا اوقتلا فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به) حيث لاتقبل بخلاف ما اذا شهدا بالاقرار به حيث تقبل (وقبلت على الف فى بالف والف ومائة) اى فى شهادة احدهما بالف والآخر بالف ومائة (ان ادعى المدعى الاكثر) وهو الف ومائة لاتفاقهما فى الالف وتفرد احدهما بمائة بخلاف ما اذا كان يدعى الفا فقط حيث لاتقبل لان المدعى كذب من شهد بالزيادة هذا الذى ذكر انما هو فى الدين (وفى العين تقبل على الواحد كما لو شهد واحد ان هذين العبدين له وآخر ان هذا له قبلت على) العبد (الواحد) الذى اتفقا فيه (بالاجماع) كذا فى باب الشهادة فى الشرب من المحيط (وفى العقد لا) اى لاتقبل (مطلقا) اى سواء كانت على الاقل اوالاكثر اوكان المدعى هو البايع اوالمشترى (فلو شهد واحد بشراء عبد اوكتابته بالف وآخر بالف وخمسمائة ردت) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعى يكذب احد

شاهديه (كذا العتق بمال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد) فى الصورة الاولى (والقاتل) فى الثانية (والراهن) فى الثالثة (والمرأة) فى الرابعة لان هؤلاء لايقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو مختلف لما عرفت (وان ادعى الاخر) بان قال مولى العبد اعتقتك على الف وخمسمائة والعبد يدعى الالف اوقال ولى القصاص صالحتك على الف وخمسمائة والقاتل يدعى الالف وكذا الباقيان (فكدعوى الدين) فى وجوهها اذا ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين كذا فى الهداية والمدعى فى الرهن اذا كان المرتهن كان دعواه فى الدين بلا خفاء لان الرهن لايكون الابعد تقدم الدين فتقبل البينة فى حق ثبوت الدين كما فى سائر الديون ويثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين كذا فى الكفاية قال صدر الشريعة ليس هذا كدعوى الدين لان الدين يثبت باقرار المديون فيمكن ان يقر عند احد الشاهدين بالف وعند الآخر باكثر ويمكن ايضا ان يكون الحق هو الاكثر لكنه قضى الزائد على الالف اويبرأه عنه عند احد الشاهدين دون الآخر فالتوفيق بينهما ممكن اما ههنا فالمال يثبت بتبعية العقد والعقد بالالف غير العقد بالاكثر فبقى على كل واحد شهادة فرد فلا تقبل كما فى الطرف الآخر اقول جوابه ان المشبه لايجب ان يكون فى حكم المشبه به جميع الوجوه بل المراد بكونه كدعوى الدين ان الشاهدين اذا كانا مختلفين لفظا لاتقبل عند ابى حنيفة وان كانا متفقين معنى فان ادعى المدعى الاقل لاتقبل شهادة الشاهد بالاكثر وان ادعى الاكثر تقبل على الاقل وانما كان كذلك لان المال فى هذه الصور الاربع وان كان ثابتا بالعقد حين العقد وتابعا له لكن الامر صار بالعكس حين الدعوى لما عرفت ان صاحب الحق اذا اعترف بالعفو والعتق والطلاق والمدعى فى الرهن اذا كان هو المرتهن كان الدعوى فى الدين ولا يعتبر العقد وان اعتبر اعتبر بالتبع للدين كما فى الرهن فظهر ان قوله فالمال يثبت بتبعية العقد انما نشأ من عدم التفرقة بين ثبوت العقد وزواله فتدبر (والاجارة كالبيع فى اول المدة) للحاجة الى اثبات العقد (وكالدين بعدها والمدعى هو الموجر) اذ لاحاجة هنا الى اثبات العقد (والنكاح يصح بالاقل مطلقا) اى سواء كان الدعوى من الزوج اوالمرأة والمدعى يدعى الاقل اوالاكثر وعندهما تبطل الشهادة ولايقضى بشئ كما فى البيع لان المقصود من الجانبين اثبات السبب والنكاح

بالف غير النكاح بالف وخمسمائة وله ان المال فى النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ومن حكم التابع ان لايغير الاصل الايرى انه لايبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لايختلف باختلافه اذا اتفقا على ماهو الاصل وهو الملك والحل فوجب القضاء به واذاوجب بقى المهر مالا منفردا فوجب القضاء باقل المقدارين كما فى المال المنفرد (شهدا بالف وقال احدهما قضى خمسمائة قبلت بالف) لانهما اتفقا عليه (كما اذاشهدا بقرض الف وقال احدهما قضاه) اى ذلك القرض قبلت الشهادة على القرض لاتفاقهما عليه (ورد قوله قضى كذا) اى قضى خمسمائة فى الاول وقضى القرض فى الثانى لانه شهادة فرد (الااذاشهد معه اخر) اذحينئذ يوجد نصاب الشهادة (ولايشهد من علمه) اى القضاء فى الصورتين (حتى يقر المدعى بماقبض) لئلايكون اعانة على الظلم (شهدا بقتل زيد يوم كذا بمكة و) شهد آخران بقتله فيه) اى فى ذلك اليوم (بكوفة ردتا) يعنى ان اربعة رجال اجتمعوا عندقاض فشهد اثنان منهم بماذكرا اولا والآخران بماذكر ثانيا ردت شهادتهما لان احدى الطائفتين كاذبة بيقين فان قضى باحديهما ردت الاخرى) لرجحان الاولى بالسبق (شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها) بان قال احدهما كانت بيضاء والآخر كانت سوداء او قال احدهما كانت صفراء والآخر كانت حمراء (قطع) وقالا لايقطع لانهما اختلفا فى المشهود به فيمتنع به القبول كما اذا اختلفا فى الذكورة والانوثة اواختلفا فى اللون فى الغصب بل اولى لان الثابت بالغصب ضمان لايسقط بالشبهات والثابت هنا حد يسقط بها وله انهما اختلفا فيماليس من صلب الشهادة ولهذا لوسكتا عن ذكر اللون تقبل شهادتهما والتوفيق ممكن لان اللونين قد يجتمعان بان يكون احد شقيها اسود والآخر ابيض ويرى احد الشاهدين احد طرفيها والآخر الاخر (بخلاف الذكورة والانوثة) لانه لايعرف الابالقرب منه وعند القرب لايقع الاشتباه فلايشتغل بالتوفيق (و) بخلاف (الغصب) لانه يقع فى النهار غالبا فيتمكن الشاهد من القرب من الغاصب فيتأمل فى جميع الوان المغصوب فلايشتغل بالتوفيق (ملك المورث لايقضى لوارثه بلاجر الشاهدين) و بين معنى الجر بقوله (بقولهما مات وتركه ميراثا له اوودا ملكه اوفى يده) اعلم انهم اختلفوا فى ان الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجر والنقل وهو ان يقول ماذكر فى المتن اولا قال ابو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لابد منه

خلافا لابى يوسف هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب و يرد عليه به فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث يتجدد فى حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلايكون استصحاب الحال مثبتا لكن يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا الشهادة على قيام يده لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت ان يسوى اسبابه ويبين ما كان بيده من المغصوب والودايع فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان مافى يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك (كذا) اى كالجر فى افادة فائدته (قولهما) اى الشاهدين (كان) ى مايدعيه هذا الوارث (لابيه اعاره اواودعه اوآجره ذااليد) يعنى اذامات رجل فاقام وارثه بينة على دارانها كانت لابيه اعارها اواودعها الذى هى فى يده فانه يأخذها ولايكلف البينة انه مات وتركها ميراثاله بالاتفاق اما عند ابى يوسف فلانه لايوجب الجر فى الشهادة واماعندهما فلان قيام اليد عند الموت يغنى عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع (شهدا بيد حى منذ كذاردت يعنى اذا كانت دار فى يد رجل فادعى آخر انهاله واقام بينة انها كانت فى يده مذ شهر اوسنة لم تقبل وعن ابى يوسف انها تقبل لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولواقر المدعى عليه به دفعت الى المدعى اتفاقا ولهما ان هذه شهادة قامت على مجهول وهو اليد فانها الآن منقطعة ويحتمل انها كانت يد ملك اووديعة اواجارة اوغصب فلايحكم باعادتها بالشك (الاان يقولا) اى الشاهدان (وانه) اى المدعى عليه (احدث اليدفيه فيقضى له) اى للمدعى (باليد ويؤمر) اى المدعى عليه (بالتسليم اليه) اى المدعى (لكن لايصير) اى المدعى عليه (به) اى بزوال اليدعنه (مقضيا عليه حتى لو برهن) اى المدعى عليه (بعده على انه ملكه تقبل كذافى العمادية (وان اقر المدعى عليه به) اى بكونه فى يد المدعى (اوشهدا انه) اى المدعى عليه (اقر بيد المدعى) اى بانه كان فى يده (او) اقر (بملكه او شهدا (انه) اى المدعى عليه (اخذه من يده) اى المدعى (دفع) الى المدعى كذا فى الكافى

*) باب الشهادة على الشهادة (*

اعلم ان جوازها استحسان و القياس لايقتضيه لان اداءها عبادة بدنية

لزمت الاصل لاحق للمشهودله لعدم الاجبار والانابة لاتجرى فى العبادات البدنية لكنهم استحسنوا جوازها فى كل حق لايسقط بشبهة لشدة الحاجة اليها لان الاصل قديعجز عن ادائها لموته اوسفره ونحوذلك فلولم تجز لادى الى ضياع كثير من الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اعنى الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم لكن فيها شبهة البدلية لان البدل ما لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك وكذا لاتقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال (وتقبل فيما لايسقط بشبهة بشرط تعذر حضور الاصل) اى اصل الشاهد على القضية (بموت اومرض) اى يكون مريضا مرضا لايستطيع به حضور مجلس الحاكم (اوسفر) اى يكون غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز بلامرية وعن ابى يوسف انه ان كان فى مكان لوغدا الى اداء الشهادة لايقدر ان يبيت باهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثانى ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث (وبشرط شهادة عدد عن كل اصل) لقول على رضى الله عنه لايجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين (وان لم يتغاير فرعاهما) يعنى لايجب ان يكون لكل شاهد شاهدان متغايران بل يكفى شهادة شاهدين عن كل اصل ثم بين كيفية الشهادة على الشهادة بقوله (بان يقول الاصل) مخاطبا للفرع (اشهد على شهاتى انى اشهد بكذا) اى بان فلان بن فلان الفلانى اقر عندى بكذا مثلا (و) يقول (الفرع اشهد ان فلانا اشهدنى على شهادته بكذا وقال) اى فلان (اشهد على شهادتى بذلك) اذ لابد من شهادة الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة تفى بذلك كله وهى وسطى العبارات ولها عند الاداء لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضى اشهد ان فلانا شهد عندى ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدنى على شهادته فامرنى ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واقصر منه وهو ان يقول الفرع عند القاضى اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولايحتاج الى زيادة شئ وهو اختيار الفقيه ابو الليث واستاذه ابى جعفر كذا فى العناية (صح تعديل الفرع للاصل) لانه ان كان عدلا صلح للتزكية والا لم يصلح للشهادة لايقال هو متهم لان شهادة نفسه لاتصح الابتعديله لانا نقول العدل لا يتهم

بمثله كما لايتهم فى شهادة نفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير مقبول القول (كاحد) اى كما يصح تعديل احد (الشاهدين للآخر) لما ذكرنا انه ان كان عدلا الخ (وان سكت) اى الفرع عن تعديل الاصل (صح نقلها) اى نقل شهادة الاصل وان كان مستورا كذا فى المحيط (وعدلوا) اى يتعرف القاضى الذى يسمع شهادة الفروع عدالة الاصول ممن هو اهل للتزكية كما اذا حضروا وشهدوا فان ثبت عدالتهم حكم والا فلا (انكار لاصل شهادته بطل شهادة الفرع) قال فى الكافى معنى المسئلة انهم قالوا مالنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا اوغابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة اما مع حضرتهم فلايلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا وهذا لان التحميل يشرط وقدفات للتعارض بين الخبرين يعنى خبر الاصل وخبر الفرع وقال الزيلعى معناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا اوغابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع لان الاصول يحتمل ان يكونوا صادقين فلايثبت التحميل مع الاحتمال اقول قد وقعت العبارة فى الهداية وشروحه وسائر المعتبرات هكذا وان انكر شهود الاصل الشهادة موافقة لما فى الكافى ولايخفى على احد مغايرة الاشهاد للشهادة فكيف يصح تفسيرها به ولعل منشأ غلط قولهم لان التحميل لم يثبت للتعارض فان معنى التحميل هو الاشهاد وخفى عليه ان التحميل لايثبت ايضا اذا انكر اصل الشهادة بل هذا ابلغ من انكار الاشهاد لانه كناية وهو ابلغ من الصريح (شهدا عن اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا بمعرفتها وجاء المدعى بامرأة لم يعرفا انها هى قيل) اى للمدعى (هات شاهدين انها هى) لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعى يدعى ان تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان تكون لغيرها فلابد من اثباتها للحاضرة فهذا من قبيل ما مر من شهادة قاصرة يتمها غيرهم (كذا الكتاب الحكمى) يعنى ان القاضى اذا كتب الى قاض آخر ان فلانا وفلانا شهدا عندى بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية واحضر المدعى امرأة عند القاضى المكتوب اليه وانكرت المرأة ان تكون هى المنسوبة بتلك النسبة فلابد من شاهدين آخرين يشهدان انها هى المنسوبة بتلك النسبة (ولو قالا) اى الشاهدان (فيهما) اى فى المسئلتين المذكورتين لبيان النسبة (التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها) بسكون الخاء القبيلة

الخاصة (اوجدها) اذ لابد من التعريف وهو لايحصل بالنسبة العامة والنسبة
الى بنى تميم عامة اذ لايحصى عددهم بخلاف النسبة الى الفخذ لانها خاصة حتى
ان ذكره يقوم مقام ذكر الجد لانه اسم الجد لاعلى فقام مقام الجد الادنى
(اشهد) اى الاصل (على شهادته ثم نهاه) اى الفرع (عنها) اى عن الشهادة
على شهادته (لم يصح) اى نهيه (كافران شهدا على شهادة مسلمين لكافر
على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضاء لكافر على كافر وتقبل شهادة رجل
على شهادة ابيه وعلى قضاء ابيه فى الصحيح) هذه المسائل الاربع من الخانية
(من ظهر انه شهد زورا) بان اقر على نفسه انه شهد زورا اوشهد بقتل رجل
اوموته فجاء حيا اوشهد برؤية الهلال فمضى ثلثون يوما وليس بالسماء علة
ولم ير الهلال ونحو ذلك (عزر بالتشهير) قال فى الكافى اعلم ان شاهد الزور يعزر
اجماعا لتصل القضاء بشهادته اولا لانه ارتكب كبيرة تصل ضررها بالمسلمين
وليس فيها حد مقدر فيعزر زجرا له وتنكيلا الا انهم اختلفوا فى كيفيته فقال
ابو حنيفة تعزيره تشهيره فقط وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعى لانه
روى عن عمر رضى الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه وله
ان شريحا كان يشهر ولا يضربه فيبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان
غير سوقى بعد العصر فى اجمع ما كانوا وقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه
وحذروه الناس وشريح كان قاضيا فى زمن الصحابة ومثل هذا التشهير لايخفى
على الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع

) باب الرجوع عنها (

(هو ان يقول كنت مبطلا فيها) اى الشهادة (ونحوها) كان يقول رجعت
عما شهدت به اوشهدت بزور فيما شهدت (فلا يكون انكارها رجوعا)
لان الرجوع عنها يقتضى سبق وجودها (لا يصح) اى الرجوع عنها (لا عند
القاضى) سواء كان هو الاول اوغيره لان الرجوع عنها توبة والتوبة على حسب
الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية فى مجلس الحكم
فالتوبة عنها تتقيد به واذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضى فاذا ادعى
المشهود عليه رجوعهما واقام عليه بينة اوعجز عنها واراد تحليف الشاهد
لم يقبل القاضى بينة عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين يترتبان على دعوى
صحيحة ودعوى الرجوع فى غير مجلس القاضى باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع
عند قاضى فلان وضمنه المال قبلت بينته لصحة السبب (وحكمه بعد القضاء

وقبض

وقبض المال التعزير والتضمين) واما التعزير فلما مر واما التضمين اى تضمين
ما اتلفاه بشهادتهما فلاقرارهما على انفسهما بسبب الضمان وهو الشهادة
الباطلة والتناقض لايمنع حكم اقراره على نفسه وانما قال وقبض المال لان
القاضى اذا قضى ولم يقبض المدعى ما ادعاه لايجب الضمان لعدم الاتلاف
(ولم ينقض) اى القضاء لانه كما لايتحقق بالكلام المتناقض لاينتقض بالكلام
المتناقض (وحكمه قبله) اى قبل القضاء (التعزير) فقط وقدمر (العبرة)
فى حق الضمان (للباقى لا الراجع) هذا هو الاصل وقد فرع عليه بقوله (فان
رجع احدهما ضمن النصف) اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء
احدهما على الشهادة تبقى الحجة فى النصف فيجب على الراجع ضمان
ما لم يبق الحجة فيه وهو النصف ويجوز ان لايثبت الحكم ابتداء ببعض العلة
ثم تبقى ببقاء بعض العلة كابتداء الحول لاينعقد على بعض النصاب وتبقى منعقدا
ببقاء بعض النصاب (وان رجع احد الثلثة لم يضمن) اى الراجع اذ بقى
من يبقى بشهادته كل الحق (وان رجع آخر ضمنا) اى الراجعان (النصف)
اذ بقى على الشهادة من يبقى به نصف المال (وان رجعت امرأة من رجل
وامرأتين ضمنت الربع) اذ بقى على الشهادة من يبقى به ثلثة ارباع (وان رجعتا
ضمنتا النصف) لبقاء من يبقى به النصف (وان رجعت ثمان من رجل وعشر
نسوة فلا ضمان) لبقاء من يبقى بشهادته كل المال وهو رجل وامرأتان
(فان رجعت اخرى ضمنت التسع الربع) لبقاء من يبقى به ثلثة ارباع الحق
اذ النصف يبقى بالرجل والربع بالباقية (وان رجع الكل) اى الرجل والنساء
(فعليه السدس عنده والنصف عندهما وما بقى) وهو خمسة الاسداس
فى الاولى والنصف فى الثانية (عليهن على القولين) لهما ان النساء وان كثرن
فى الشهادة لم يقمن الا مقام رجل واحد ولهذا لايقبل شهادتهن الا بانضمام
رجل وكان الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن نصفه وله ان كل
امرأتين تقومان مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة من الرجال فصار كما لو
شهد به ستة رجال ثم رجعوا فان الضمان عليهم يكون اسداسا (وان رجعن
اى النسوة العشر (فقط) وبقى رجل (فالنصف وفاقا) اما عندهما فظاهر
لان الثابت بشهادتهن نصف المال وكذا عنده اذ بقى من يبقى به نصف
المال فصار كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة (وضمن رجلان شهدا مع امرأة
فرجعوا) اى الكل لان المرأة الواحدة ليست بشاهدة اذ المرأتان كشاهد واحد

وكانت الواحدة بعض الشاهد وكان القضاء مستندا الى شهادة رجلين بلا امرأة (ولا يضمن راجع فى النكاح بمهر مسمى مطلقا) اى سواء شهدا عليها اوعليه الاصل ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا ونكاحا اونحوهما لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعى وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعدله فلا ضمان على الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لايعادله فبقدر العوض لاضمان بل فيما وراءه وان كان الاتلاف بلا عوض اصلا وجب ضمان الكل اذا تقرر هذا فنقول اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى جاحدة واقام عليه بينة فقضى بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى مهر مثلها او اقل او اكثر لانهما وان اتلفا عليها البضع بعوض لايعدله ولكن البضع لايتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك ضرورة التملك فان ضمان الاتلاف يقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال واما عند دخوله فى ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره (الا ما زاد على مهر مثلها) يعنى ان كان مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيئا لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعدله او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول فى ملك الزوج متقوم وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لايوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمنا الزيادة للزوج لانهما اتلفا عليه قدر الزيادة بلا عوض (ولا يضمن ايضا راجع (فى البيع الا ما نقص من قيمة المبيع ان ادعى المشترى) بان يقول اشتريت هذا العبد من هذا الرجل بالف وهو يساوى الفين فانكر المدعى عليه فشهد شاهدان ثم رجعا يضمنان الفا للبايع لانهما اتلفاه عليه (ولا) يضمن ايضا راجع فى البيع (الا ما زاد على القيمة من الثمن ان ادعى البايع) بان يقول ان المشترى منى اشترى هذا العبد بكذا وعليه الثمن وانكره المشترى فشهد شاهدان انه اشترى العبد بالفين وهو يساوى الفا ثم رجعا يضمنان للمشترى الفا لانهما اتلفاه عليه (ولا) يضمن (فى الطلاق قبل الوطئ الا نصف مهرها) يعنى اذا شهدا بالطلاق قبل الوطئ ثم رجعا يضمنان نصف المهر بخلاف ما اذا شهدا بالطلاق بعد الدخول لان المهر تأكد بالدخول فلا اتلاف (وضمن فى العتق القيمة) يعنى اذا شهد على عتق عبد ثم رجع ضمن قيمة العبد (و) ضمن (فى القصاص الدية) يعنى اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص زيد ثم رجعا يجب الدية عندنا لا القصاص لانه جزاء مباشرة القتل ولم يوجد منهما ذلك وعند الشافعى يقتص (و) ضمن (الفرع برجوعه) لان الحكم اضيف الى اداء شهادته فى مجلس القضاء فكان التلف مضافا اليه فيضمن (لا بقوله بعد الحكم كذب

شهود

شهود الاصل او غلطوا فى شهادتهم) لانهم لم يرجعوا عن شهادتهم بل شهدوا على غيرهم بالرجوع ولا يلتفت الى قولهم لان القضاء الممضى لاينتقض بقولهم كما لاينتقض برجوعهم كذا فى الكافى (ولا الاصل بقوله ما اشهدته) يعنى ان الاصول اذا رجعوا بعد الحكم وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا اذا لم يوجد من جهتهم سبب موجب للضمان لانكارهم سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء لانهم انكروا التحميل ولا بد منه (او) بقوله (اشهدته وغلطت) يعنى اذا قال الاصول اشهدناهم لكنا غلطنا فانهم لا يضمنون عند ابى حنيفة وابى يوسف لان القضاء لم يقع بشهادتهم بل وقع بشهادة الفروع وعند محمد ضمنوا لان الفروع نقلوا شهادة الاصول فكانهم حضروا وشهدوا ثم حضروا ورجعوا (ولو رجع الكل) اى الاصول والفروع (ضمن الفرع فقط) عندهما لان سبب الاتلاف الشهادة القائمة فى مجلس القضاء وذا وجد من الفرع وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الفروع وتضمين الاصول لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضى عاين شهادتهم ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم نقلوا شهادتهم بامرهم (و) ضمن (المزكى بالرجوع) يعنى ان المزكى ان رجع عن التزكية ضمن عند ابى ح لان الحكم انما يضاف الى الشهادة والشهادة انما تصير حجة بالعدالة وهى انما تثبت بالتزكية فصارت فى معنى علة العلة كالرمى فانه سبب لمضى السهم فى الهواء وهو سبب الوصول الى المرمى اليه وهو سبب الجرح وهو سبب ترادف الالم وهو سبب الموت ثم اضيف الموت الى الرمى الذى هو العلة الاولى حتى تجب عليه احكام القتل من القصاص والدية والكفارة وعندهما لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو اثنوا على المشهود عليه بان شهدوا باحصانه (لا شاهد الاحصان) يعنى لو شهدوا بالاحصان ثم رجعوا لم يضمنوا لانه شرط محض (كما ضمن به) اى بالرجوع (شاهد اليمين لا الشرط) يعنى ان شهد شاهدان باليمين وقالا انه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر وقال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهى غير مدخول بها وشهد آخران بوجود الشرط اى دخول الدار ورجع الفريقان بعد الحكم فالضمان على شهود اليمين لا وجود الشرط وهو قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذ التلف انما حصل بالاعتاق والتطليق

وهم الذين اثبتوا تلك الكلمة والتعليق بالشرط كان مانعا فعند وجود الشرط اضيف التلف الى علته لزوال المانع

) كتاب الصلح (

اورده ههنا لانه انما يصار اليه اذا لم يكن من المدعى عليه اقرار ولا للمدعى شاهد فالمناسب ان يورد بعد الاقرار والشهادة (هو) لغة اسم بمعنى المصالحة وهي خلاف المخاصمة واصله من الصلاح بمعنى استقامة الحال وشرعا (عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول) بان يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا ومن دعواك كذا على كذا ويقول الآخر قبلت اورضيت اوما يدل على رضاه وقبوله (وشرطه العقل) وهو شرط فى جميع التصرفات الشرعية فلا يصح صلح المجنون وصبي لا يعقل (لا البلوغ فصح من الصبي المأذون ان نفع اوعرى عن ضرر بين) يعنى اذا ادعى الصبي المأذون على انسان دينا فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح اذ عند انعدامها لا حق له الا الخصومة والحلف والمال انفع له منهما وان كانت لم يجز لان الحط تبرع وهو لا يملكه وان آخر الدين جاز سواء كان له بينة اولا لانه من اعمال التجارة والصبي المأذون فى التجارات كالبالغ (ولا الحرية) يعنى ان حرية المصالح ليست بشرط ايضا (فصح) اى الصلح (من العبد المأذون) اذا كانت له فيه منفعة لكنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل مطلقا وحط بعض الثمن للعيب لما ذكر ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكر فى الصبي المأذون (و) من (المكاتب) فانه نظير العبد المأذون فى جميع ما ذكر لانه عبد ما بقي عليه درهم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه دينا فاصطلحا على ان يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لم يجز لانه لما عجز صار محجورا فلا يصح صلحه (و) شرطه ايضا (ان يكون المصالح عنه حقا للمصالح ثابتا فى المحل لا حقا لله تعالى) ففرع على قوله ان يكون المصالح عنه حقا للمصالح بقوله (فلو ادعت مطلقة على زوجها ان صبيا فى يده ابنها منه وجحد فصالحت من النسب على شيء بطل) لان النسب حق الصبي لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها وفرع على قوله ثابتا فى المحل بقوله (ولو صالح الكفيل بالنفس على مال على ان يبرأه من الكفالة بطل) لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالى

فلا يجوز الصلح عنها بخلاف الصلح عن القصاص لان المحل هناك يصير مملوكا فى حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا فى المحل فيملك الاعتياض عنه بالصلح (كذا الصلح من الشفعة) يعنى اذا صالح الشفيع من الشفعة التى وجبت له على شيء على ان يسلم الدار للمشترى فالصلح باطل اذ لا حق للشفيع فى المحل سوى حق التملك وهو ليس بامر ثابت فى المحل بل هو عبارة عن الولاية كامر وفرع على قوله لا حقا لله بقوله (ولو صالح عن حد بطل) يعنى لا يجوز ان يكون المصالح عنه حق الله سواء كان مالا عينا اودينا اوحقا ليس بمال حتى لا يصح الصلح عن حد الزناء والسرقة وشرب الخمر بان اخذ زانيا اوسارقا من غيره اوشارب خمر فصالحه على مال على ان لا يرفعه الى ولى الامر لانه حق الله ولا يجوز الصلح من حقوقه تعالى لان المصالح بالصلح يتصرف فى حق نفسه اما باستيفاء كل حقه اواستيفاء بعضه واسقاط الباقى او بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز فى غير حقه وكذا اذا صالح من حد القذف بان قذف رجلا فصالحه على مال على ان يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالغالب حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالمعدوم شرعا (بخلاف التعزير) حيث يصح الصلح عنه لانه حق العبد (والقصاص) فى النفس ومادونها لانه ايضا حق العبد (و) شرطه ايضا (كون البدل مالا) الاصل فى هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها روما لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان فى معنى البيع فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم ونحو ذلك لان فى الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح للعوض فى البيع لا يصلح عوضا فى الصلح (معلوما ان احتيج الى قبضه) والا لم يشترط معلوميته فان من ادعى حقا فى دار وادعى المدعى عليه قبله حقا فى حانوته فتصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا يفضى الى المنازعة كذا فى الكافى (اومنفعة) بان صالح على خدمة عبد بعينه سنة اوركوب دابة بعينها اوزراعة ارض اوسكنى دار وقتا معلوما جاز الصلح ويكون فى معنى الاجارة لانها تمليك المنفعة بعوض وقد وجد (وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى) لما مر انه عقد يرفع النزاع (وهو) اى الصلح (اما باقرار) من المدعى عليه (اوسكوت) عنه بان لا يقر ولا ينكر (اوانكار) وكل ذلك جائز لقوله تعالى * والصلح خير عرفه باللام فالظاهر

العموم (الاول) اى الصلح باقرار (كبيع) فى احكامه (لو) وقع (عن مال بمال) لان حقيقة البيع مبادلة مال بمال كما مر (فيجرى فيه) اى فى هذا الصلح (احكامه) اى احكام البيع وهى الشفعة والرد بعيب وخيار الرؤية وخيار الشرط والفساد بجهالة البدل لانها هى المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط والساقط لايفضى اليها (وان استحق المدعى او بعضه رجع المدعى عليه) على المدعى (بالبدل) فى الصورة الاولى (او بعضه فى الثانية يعنى اذا ادعى زيد على بكر دارا او بعضا منها وصالح بكر فى الاول على الف وفى الثانى على خمسمائة فاستحقت الدار كلها او بعضها رجع بكر على زيد فى الاول بالالف وفى الثانى بخمسمائة (وان استحق البدل او بعضه رجع المدعى) وهو زيد (على المدعى عليه) وهو بكر (بالمدعى) وهو الدار او بعضها لان كلا منهما عوض عن الآخر فايهما اخذ منه بالاستحقاق رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض كما هو حكم المعاوضة (وكاجارة) عطف على قوله كبيع (لو) وقع الصلح (عن مال بمنفعة) لان العبرة للمعانى والاجارة تمليك المنفعة بعوض وهذا الصلح كذلك (فشرط التوقيت فيه و بطل بموت احدهما فى المدة) كما هو حكم الاجارة وقدمر (والاخيران) اى الصلح بسكوت وانكار (معاوضة فى حق المدعى) لانه يأخذه عوضا عن حقه فى زعمه (وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر) اذ لولاه لبقى النزاع ولزم اليمين وهذا فى الانكار ظاهر واما فى السكوت فانه يحتمل الاقرار والانكار فلايثبت كونه عوضا فى حقه بالشك مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل (فلاشفعة فى صلح عن دار مع احدهما) يعنى اذا ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر اوانكر فصالح عنها بدفع شئ لم تجب الشفعة لانه يزعم انه يستبقى الدار المملوكة له على نفسه بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعى عن نفسه لا انه يشتريها وزعم المدعى لايلزمه (وتجب) اى الشفعة (لو) وقع الصلح (عليها) اى على الدار بان تكون بدلا (باحدهما) اى الانكار والسكوت لان المدعى يأخذها عوضا عن حقه فى زعمه فيعامل بزعمه والاقرار ههنا مثلهما (وان استحق المدعى او بعضه فى صورة الصلح بسكوت اوانكار (يرد المدعى البدل) اى بدل المدعى او بعضه (ويخاصم مع المستحق) لان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه ويبقى المدعى فى يده بلاخصومة احد فاذا استحق لم يحصل له

مقصوده و يظهر ايضا ان المدعى لم يكن له خصومة فيرجع عليه (وان استحق البدل او بعضه رجع الى الدعوى فى كله) ان استحق كل العوض (او بعضه) ان استحق بعضه لان المدعى لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له البدل رجع بالمبدل (هلاك البدل) قبل التسليم الى المدعى (كاستحقاقه فى الفصلين) اى فصل الاقرار وفصل السكوت والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى (صالح على بعض مايدعيه لم يصح) يعنى اذا ادعى رجل على آخر دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح وهو على دعواه فى الباقى لان الصلح اذا كان على بعض المدعى كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا للبعض والاسقاط لايرد على العين بل هو مخصوص بالدين حتى اذا مات واحد وترك ميراثا فبرأ بعض الورثة عن نصيبه لم يجز لكونه براءة عن الاعيان (الا بزيادة شئ فى البدل او الابراء عن دعوى الباقى) هذا ماقالوا من الحيلة فى جواز الصلح على بعض المدعى وهو ان يزيد على بدل الصلح درهما مثلا ليكون مستوفيا بعض حقه وآخذ العوض عن البعض او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى لان الابراء عن دعوى العين جائز (صح) اى الصلح (عن دعوى المال) لانه فى معنى البيع فاجاز بيعه جاز صلحه (و) عن دعوى (المنفعة) كان يدعى فى دار سكنى سنة وصية من صاحبها فجحد الوارث او اقر فصالحه على مال او منفعة جاز لان اخذ العوض عنها بالاجارة جاز فكذا الصلح لكن انما يجوز الصلح عن المنفعة على المنفعة اذا كانتا مختلفى الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا فلا يجوز وقدمر فى كتاب الاجارة (و) عن دعوى (الرق) اى اذا ادعى على مجهول الحال انه عبده فصالحه المدعى عليه على مال جاز (وكان عتقا بمال مطلقا) اى فى حق المدعى والمدعى عليه حتى يثبت الولاء (لو) وقع الصلح (باقرار) من المدعى عليه (والا) اى وان يكن باقرار (فقطع النزاع فى زعم المدعى عليه) وعتق بمال فى زعم المدعى) حتى لايثبت الولاء الا ان يقيم المدعى البينة فتقبل ويثبت الولاء (و) عن دعوى (الزوج النكاح وكان خلعا) يعنى صح الصلح اذا كان الرجل هو المدعى والمرأة تنكر لامكان اعتبار الصحة فيه بان يجعل فى حقه فى معنى الخلع لان اخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه كما مر وفى حقها لافتداء اليمين وقطع الخصومة (لا عن

دعواها النكاح) اى لا يجوز الصلح اذا كان المدعى المرأة بان تدعى نكاحا على رجل فصالحها على شئ وانما لم يجز لانه بدل لها لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم تجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح فى زعمها فلم يكن ثمه شئ يقابله العوض فكان رشوة وقيل يجوز لانه يجعل كانه زاد فى مهرها ثم خالعها على اصل المهر لا الزيادة فسقط الاصل لا الزيادة (و) لا عن (دعوى حد) لما عرفت ان الصلح لا يجرى فى حق الله تعالى (و) دعوى (نسب) لان الصلح اما اسقاط او معاوضة والنسب لا يحتملهما (و لا اذا قتل مأذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه) لان نفسه ليست من كسبه فلا يجوز له التصرف فيها ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولى القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه اذا صالحه فقد عفى عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل فى حق المولى بل تأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا ولم يصح فى حق الموالى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتله فكذا هذا كذا فى العناية (وصح) اى الصلح يعنى صلح المولى (عن نفس عبد له فعل ذلك) اى القتل عمدا لان عبده من كسبه فيجوز التصرف فيه واستخلاصه (و) صح (صلح المكاتب عن نفسه) لانه كالحر لخروجه عن يد المولى وهذا اذا ادعى احد رقبته فانه يكون خصما فيه واذا جنى عليه كان الارش له واذا قتل لا يكون قيمته للمولى بل لورثته حتى يؤدى بها كتابته و يحكم بحريته فى آخر حيوته و يكون الفضل لهم فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد المأذون ذكره الزيلعى (و) صح (الصلح عن مغصوب تلف باكثر من قيمته او عرض) يعنى ان غصب ثوبا او عبدا قيمته الف واستهلكه فصالحه على الفين او عرض جاز وعندهما لا يجوز اذا كان بغبن فاحش لان حقه فى القيمة فالزائد عليها ربوا وله ان حقه فى الهالك باق ما لم يحكم القاضى بالضمان حتى اذا ترك التضمين بقى العبد هالكا على ملكه حتى يكون الكفن عليه فاعتياضه باكثر من قيمته لا يكون ربوا اذ الزائد على المالية يكون فى مقابلة الصورة الباقية حكما لا القيمة حتى لو قضى القاضى بالقيمة ثم صالحا على الاكثر لم يجز لان الحق قد انتقل بالقضاء الى القيمة وكذا الصلح بعرض صح وان كان قيمته اكثر من قيمة مغصوب تلف لعدم الربوا (و) صح (فى العمد باكثر من الدية والارش

وفى الخطأ لا) لان الدية فى الخطأ مقدرة والزيادة عليها تكون ربوا فيبطل الفضل والواجب فى العمد هو القصاص وهو ليس بمال فلا يتحقق فيه الربوا فلا يبطل الفضل هذا اذا صالح على احد مقادير الدية فان صالح على غيرها صح لانه مبادلة بها لكن يشترط القبض فى المجلس ليخرج عن ان يكون دينا بدين كذا فى الكافى (كما فى موسر اعتق نصفا له وصالح عن باقيه باكثر من نصف قيمته) يعنى عبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالح عن باقيه باكثر من نصف قيمته بطل الفضل اتفاقا لان القيمة فى العتق منصوص عليها كما مر فى بابه وتقدير الشرع ليس ادنى من تقدير القاضى فلا يجوز الزيادة عليه (ولو) صالح عن باقيه (بعرض صح مطلقا) اى وان كان قيمته اكثر من قيمة نصف العبد لان الفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس (وكل بالصلح عن دم عمد او على بعض دين يدعيه) من المكيلات والموزونات (لزم بدله الموكل) دون الوكيل لانه اسقاط محض فكان الوكيل سفيرا محضا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح (الا ان يضمنه) اى الوكيل البدل فانه ح يكون مؤاخذا بالضمان لا بالصلح (وفيما هو كبيع) وهو اذا كان الصلح عن مال بمال (لزم وكيله) لان الحقوق ح ترجع الى الوكيل هذا اذا كان الصلح عن اقرار واما اذا كان عن انكار فلا يجب البدل على الوكيل كذا فى الكفاية (صالح فضولى وضمن البدل او اضاف الى ماله) بان قال على الفى هذا (او اشار الى نقد او عرض بلا نسبة الى نفسه) بان قال على هذا الالف او على هذا العبد (او اطلق) بان قال على الف (ونقد) اى سلم (صح) اى الصلح فى هذه الصور (وصار) اى المصالح (متبرعا هنا) اى فى الصورة الرابعة لانه فعله بلا اذن المدعى عليه (وان لم ينقد) اى لم يسلم الفضولى البدل (وقف) اى صار الصلح موقوفا على الاجازة (فان اجازه المدعى عليه صح) اى الصلح (ولزمه البدل والا) اى وان لم يجزه (رد) اى الصلح هذه خمس صور لان الفضولى اما ان يضمن المال اولا فان لم يضمن فاما ان يضيفه الى ماله اولا فان لم يضفه فاما ان يشير الى نقد او عرض اولا فان لم يشر فاما ان يسلم العوض اولا فالصلح جائز فى الوجوه كلها الا الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى ماله ولم يشر اليه ولم يسلمه الى المدعى حيث لا يحكم بجوازه بل يكون موقوفا على الاجازة اذ لم يسلم للمدعى عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضائه به فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل بخلاف سائر الوجوه فانها جائزة اما الاول فلان الحاصل للمدعى عليه البراءة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء و يجوز ان يكون الفضولى

اصيلا اذا ضمن كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل واما الثانى فلانه اذا اضافه الى نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح واما الثالث فلانه اذا عينه للتسليم فقد شرط له سلامة العوض فصار العقد تاما بقوله ولو استحق هذا العبد او وجد به عيبا فرده او وجد حرا او مدبرا او مكاتبا فلا سبيل له على المصالح ولكن يرجع فى دعواه لان المصالح لم يضمن واما الرابع فلان دلالة التسليم على رضى المدعى فوق دلالة الضمان والاضافة الى نفسه على رضاه والخامس لما لم يكن كباقى الوجوه ولم يفد صحة الصلح (الصلح على جنس ماله عليه) اى اذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما فالصلح (اخذ لبعض حقه وحط لباقيه) لان تصرف العاقل البالغ يصحح ما امكن ولا يمكن تصحيحه معاوضة لما فيه من الربوا فصح) اى الصلح (عن الف على خمسمائة و) عن (الف جياد على خمسمائة زيوف) فيجعل حطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية لان عين هذه الخمسمائة كانت مستحقة بذلك العقد الذى الدين به (و) عن (الف حال على) الف (مؤجل) اذ لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بالدراهم نسيئة لا يجوز فلا بد من حمله على تأخير فيه معنى الاسقاط (و) عن (عشرة دراهم وعشرة دنانير على خمسة دراهم) حالة او مؤجلة اذ يعتبر حطا للدنانير كلها وبعض الدراهم وتأجيلا للبعض لا معاوضة لان معنى الاسقاط لازم فى الصلح فاذا امكن ان يجعل حطا واسقاطا لم يعتبر معاوضة (لا عن دراهم على دنانير مؤجلة) لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على تأخير حقه فيحمل على المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز (و) لا (عن الف مؤجل على نصفه حالا) لان المعجل غير مستحق بعقد المداينة اذ المستحق به هو المؤجل والمعجل خير منه فقد وقع الصلح على ما لم يكن مستحقا بعقد المداينة فصار معاوضة والاجل كان حق المديون وقد تركه بازاء ما حطه عنه من الدين فكان اعتياضا عن الاجل وهو حرام الا يرى ان ربوا النسيئة حرام شبهة مبادلة المال بالاجل فلان يحرم حقيقته اولى (و) لا عن (الف سود على نصفه بيضا) لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة لان من له السود لا يستحق البيض فقد صالح على ما لا يستحق بعقد المداينة فكان معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف الجودة فكان ربوا (و) لا عن (دين عليه على جنس غيره بغير عينه) لان الصلح على غير جنس الحق لا يكون الا معاوضة وجهالة البدل تبطلها

صالح عن كر حنطة على عشرة دراهم فان قبض) اى العشرة (فى المجلس جاز) اى الصلح لما عرفت ان الصلح فى صورة الاختلاف الجنس فى معنى البيع فيجب قبض احد العوضين فى المجلس (والا فلا) اى وان لم يقبض العشرة فلا يصلح الصلح لانه حينئذ يكون بيع الدين بالدين وهو باطل (وان قبض خمسة وبقى خمسة فتفرقا صح فى النصف فقط) لوجود المصحح فى ذلك القدر (كذا العكس) يعنى لو صالح عن عشرة عليه على مكيل او موزون فان قبض فى المجلس جاز والا فلا لما عرفت (قال ادفع الى خمسمائة غدا على انك برئ من الباقى فان دفع غدا برئ والا فلا) اى وان لم يدفع لم يبرأ عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف يبرأ لان الابراء حصل مطلقا فتثبت البراءة مطلقا كما لو بدأ بالابراء كما سيأتى ولهما انه ابراء مقيد بالشرط والمقيد به يفوت عند فواته وذلك لانه بدأ باداء خمسمائة فى الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح فصلح ان يكون شرطا بحسب المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكنها قد تكون بمعنى الشرط كما فى قوله تعالى * يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا * وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكر والثانى ما ذكره بقوله (ولو قال صالحتك) اى عن الالف (على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت برئ من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالكل عليك كان الامر كما قال) يعنى ان قبل وادى برئ عن الباقى والا فالكل عليه كما فى الوجه الاول وهذا بالاجماع لانه اتى بصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل والثالث ما ذكره بقوله (وان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تعطينى خمسمائة غدا برئ وان) وصلية (لم يعطها) لانه اطلق الابراء واداء خمسمائة غدا لا يصلح عوضا ويصلح شرطا مع الشك فى تقييده بالشرط فلا يتقيد بالشك بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا وذكر الرابع بقوله (واذا لم يوقت) اى لم يذكر لفظ غدا بل قال ادفع الى خمسمائة على انك برئ من الباقى (برئ) لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لم يكن الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه فى كل زمان فلم يتقيد بل حمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما مر لان الاداء فى الغد فيه غرض صحيح كما مر وذكر الخامس بقوله (وان علق صريحا لم يصح) يعنى اذا قال ان اديت الى او متى او اذا اديت

برئ لم يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وهو باطل لما مر فى بيان ما يبطل بالشرط ومالا يبطل (قال) اى المديون (سرا للدائن لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عنى اوتحط ففعل) اى التأخير اوالحط (صح) اى التأخير والحط لانه ليس بمكره (عليه) اى الدائن حتى انه بعد التأخير لا يتمكن من مطالبته فى الحال وفى الحط لا يتمكن من مطالبة ما حطه ابدا (ولواعلن) اى ما قاله سرا (اخذ الان) اى اخذ المال من المقر فى الحال بلا تأخير وحط (الدين المشترك اذا قبض احدهما شيئا منه شاركه الآخر فيه) هذا اصل كلى يتفرع عليه فروع يعنى اذا كان لرجلين دين على آخر فقبض احدهما شيئا منه ملكه مشاعا كاصله فلصاحبه ان يشاركه فى المقبوض لانه وان ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض لكن هذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الثمرة والولد فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا اتحد الصفقة وثمن المال المشترك ونحو ذلك ورجعا على الغريم بالباقى لان المقبوض اذا كان مشتركا بينهما فلا بد ان يكون الباقى كذلك وفرع على الاصل المذكور بقوله (فلو صالح احدهما عن نصيبه على ثوب اخذ) الشريك (الآخر نصفه) اى نصف الدين (عن غريمه) لانه كان عليه ولم يستوفه فبقى فى ذمته (او) اخذ (نصف الثوب من شريكه) لان الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه فى الذمة لا تصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فيتوقف على اجازته واخذه النصف دال على اجازة العقد فيصح ذلك (الا ان يضمن) اى شريكه (له ربع الدين) لان حقه فيه (ولو لم يصالح احدهما (بل اشترى بنصفه) اى نصف الدين (شيئا ضمنه) اى ضمن احدهما الآخر (الربع) اى ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة بلا حط لان مبنى البيع على المماكسة فصار كقبضه نصف الدين فيكون لشريكه ان يرجع عليه بالربع بخلاف الصلح لان مبناه على الحط والاغماض ولهذا لا يملك بيعه مرابحة فكان المصالح بالصلح ابرأه عن بعض نصيبه وقبض بعضه فاذا الزم دفع ربع الدين تضرر به المصالح لانه لم يستوف تمام نصف الدين فلذا خيرناه (وفى الابراء عن حصته) اى اذا ابرأ احد الشريكين ذمة المديون عن حصته (وفى المقاصة بدين سبق) اى اذا كان للمطلوب

على احد الطالبين دين بسبب قبل ان يجب لهما عليه فصار قصاصا (لم يرجع الشريك) على المديون بحصته فى الصورتين اما فى الاولى فلان الابراء اتلاف وليس بقبض فلم يزد نصيب المشترى بالبراءة فلم يرجع عليه واما فى الثانية فلانه قضى دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل فى الدينين اذا التقيا قضاء يصير الاول مقضيا بالثانى والمشاركة انما تثبت فى الاقتضاء (وفى بعضها قسم الباقى على سهامه) اى لو ابرأه عن بعض حصته كان قسمة الباقى على ما بقى من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأه احد الشريكين عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة (صالح عن عيب فظهر عدمه اوزال بطل الصلح) قال فى العمادية ادعى عيبا فى جارية اشتراها وانكر البايع فاصطلحا على مال على ان يبرئ المشترى البايع من ذلك العيب ثم ظهر انه لم يكن بها عيب اوكان ولكنه قد زال فللبايع ان يسترد بدل الصلح (صالح احد ربى سلم عن نصيبه على ما دفع فان اجازه الآخر نفذ عليهما وان رده رد) يعنى اذا اسلم رجلان الى آخر فى طعام ثم صالح احدهما مع المسلم اليه على ان يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم فى نصيبه لم يجز عند ابى حنيفة ومحمد الا باجازة الاخر فان اجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقى من السلم مشتركا بينهما ايضا وان لم يجز فالصلح باطل وقال ابو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز فكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه فى المقبوض وبين ان يرجع المديون بنصيبه كذلك ههنا ولهما انه لو جاز فاما ان يجوز فى نصيبه خاصة او فى النصف من النصيبين فعلى الاول يلزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتميز ولا يتميز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثانى فلا بد من اجازة الآخر لانه فسخ على شريكه عقده فيفتقر الى رضائه (اخرج احد الورثة عن عرض اوعقار بمال او) اخرج عن (ذهب بفضة او بالعكس) اى عن فضة بذهب (او) عن (نقدين بهما) اى بالنقدين بان كان فى التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح ايضا دراهم ودنانير (صح) اى الصلح صرفا للجنس الى خلافه كما فى البيع (قل بدله اولا) اى لا يعتبر فى النقدين التساوى بل يعتبر التقابض فى المجلس لانه صرف فان وجد صح والا فلا (وفى النقدين وغيرهما باحد النقدين لا) اى اذا كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب

اوفضة لم يجز لاحتمال الربوا (الا اذا كان المعطى اكثر من حصته من ذلك
الجنس) ليكون حصته بمثله و الزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة صونا عن
الربوا فلا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف
فى هذا القدر (و بطل ان شرط لهم الدين من التركة) يعنى اذا كان دين
فى التركة على الناس فادخلوه فى الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه و يكون
الدين لهم بطل الصلح لانه يصير مملكا حصته من الدين لسائر الورثة بما يأخذ
منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل وان كان بعوض
واذا بطل فى حصة الدين بطل فى الكل (الا اذا شرطوا براءة الغرماء منه)
اى من الدين ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فح يصح الصلح لانه ح يكون
تمليك الدين ممن عليه الدين (اوقضوا نصيب المصالح منه) اى من الدين
تبرعا) ثم تصالحوا عما بقى من التركة فانه يجوز و لا يخفى ما فيهما من ضرر بقية
الورثة فالاولى ما ذكره بقوله (اواقرضوه) اى المصالح (قدر حصته منه)
اى من الدين (وصالحوا عن غيره واحالهم) اى احال المصالح الورثة
بالقرض) الذى اخذه منهم (على الغرماء) و يقبلوا الحوالة (واختلف فى صحة
الصلح عن تركة مجهولة لادين فيها) قوله (على مكيل اوموزون) متعلق بالصلح
يعنى اذا لم يكن فى التركة دين واعيانها غير معلومة وارید الصلح على مكيل
اوموزون قيل لا يصح لاحتمال ان يكون فى التركة مكيل اوموزون ونصيبه
من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربوا وقيل يصح لاحتمال ان لا يكون فى التركة
مكيل اوموزون وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح
فكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة الشبهة ولا عبرة بها
(وصح فى الاصح عن) تركة (مجهولة فى يد البقية) من الورثة (غير المكيل
والموزون) لانه لا يفضى الى المنازعة لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة
وقيل لا يصح لانه بيع اذ المصالح عنه عين ومع الجهالة لا يصح البيع

) كتاب القضاء (

اورده بعد الصلح لانه انما يحتاج اليه اذا لم يكن بين المتخاصمين صلح (هو)
لغة الاحكام وشرعا (الزام على الغير ببينة اواقرار اونكول) لان حقيقته
فصل الخصومة وهو انما يكون به (واهله اهل الشهادة) لان كلا منهما
من باب الولاية لانه تنفيذ القول على الغير ولان كلا منهما الزام اذ الشهادة
ملزمة على القاضى والقضاء ملزم على الخصم فما يشترط لاهلية الشهادة

يشترط لاهلية القضاء (وشرط اهليتها شرط اهليته) وقدم ذلك فى
كتاب الشهادة (والفاسق اهلها فيكون اهله لكنه لا يقلد) اذ لا يؤتمن عليه
لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان المقلد آثما (كما يصح قبول
شهادته) لوجود اصل الاهلية (ولا تقبل) لما ذكر حتى لو قبل القاضى وحكم بها
كان آثما لكنه ينفذ و فى الفتاوى القاعدية هذا اذا غلب على ظنه صدقه
و هو مما يحفظ (اختلف فى كون المصر شرطا لنفاذه وكون القسمة من
اعماله) المصر شرط لنفاذ القضاء فى ظاهر الرواية وفى رواية النوادر ليس
بشرط وكثير من مشايخنا رحمهم الله تعالى اخذوا برواية النوادر باعتبار
الحاجة ولو امر رجلا بالقسمة فى الرستاق جاز باتفاق الروايات لان القسمة
ليست من اعمال القضاء وكذا اذا خرج الى القرى ونصب قيما فى امور
الصغار اوالوقف اونكاح الصغار كذا حكى فتوى ظهير الدين المرغينانى
لانه ليس بقضاء ولا من اعمال القضاء قال فى الفصل الحادى والثلثين من
شهادات المحيط ان هذا مشكل عندى لان القاضى انما يفعل ذلك بولاية
القضاء الا يرى انه لو لم يؤذن له بذلك لم يملك فكان من جملة القضاء (اخذ
القضاء برشوة لا ينفذ حكمه) قال فى العمادية القاضى اذا اخذ القضاء برشوة
هل يصير قاضيا اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا يصير قاضيا ولو قضى
لا ينفذ قضاؤه (وان كان عدلا ففسق باخذها يستحق العزل) لوجود
سبب الاستحقاق (وقيل ينعزل) لان المقلد اعتقد عدالته فلم يرض بقضائه
بدونها وقال قاضيخان اجمعوا انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى (وينبغى
ان يكون موثوقا به فى عفافه) وهو الاحتراز عن الحرام (وعقله وصلاحه
وفهمه وعلمه بالسنة) وهى ما روى عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم (الآثار)
وهى ما يروى عن الاصحاب رضوان الله تعالى عليهم اجمعين (ووجوه الفقه)
اى مسائل متعلقة باحكام الوقايع (والاجتهاد شرط الاولوية) لا الجواز (كذا
المفتى) يعنى ينبغى ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة ولا يشترط فيه
ايضا الاجتهاد (لا يطلب القضاء) اى بالقلب (ولا يسئل) اى باللسان لقوله
صلى الله تعالى عليه وسلم * من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسدده * اى يلهمه الرشد و يوفقه للصواب (ويختار الاقدر
والاولى) اى ينبغى للمقلد ان يختار للقضاء من هو اقدر واولى به (ولا يكون
فضا غليظا جبارا عنيدا) لانه خليفة رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم

فى القضاء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم * من قلد غيره عملا وفى رعيته من هو اولى به منه فقد خان الله تعالى ورسوله وخان جماعة المسلمين وعمل القضاء من اهم امور الدين واعمال المسلمين (ويكره التقلد) اى اخذ القضاء (لمن خاف الحيف) اى الظلم والجور على غيره وان امن منه لايكره وقيل يكره بلا اكراه لقوله عليه الصلوة والسلام * من ابتلى بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين * وقيل قد ازدراه بعض القضاة وقال كيف يكون هكذا ثم دعا فى مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض اشعار ذقنه فعطس فاصاب الموسى حلقه والقى رأسه بين يديه كذا فى الكافى (ويجوز تقلده من الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين تقلدوا القضاء من معاوية بعد ان اظهر الخلاف لعلى كرم الله تعالى وجهه مع ان الحق كان مع على وتقلدوا من يزيد مع فسقه وجوره والتابعون تقلدوا من الحجاج مع كونه اظلم زمانه (ومن اهل البغى) قال فى العمادية التقلد من اهل البغى يصح وبمجرد استيلاء الباغى لاينعزل قضاة العدل ويصح عزل الباغى لهم حتى لو انهزم الباغى بعد ذلك لاتنفذ قضاياهم بعده مالم يقلد السلطان العدل (فان تقلد طلب ديوان قاض قبله) وهى الخرائط التى فيها نسخ السجلات والصكوك ونحو ذلك لان القاضى يكتب نسختين احديهما تكون فى يد الخصم والاخرى فى ديوان القاضى اذ ربما يحتاج اليها لمعنى من المعانى وما فى يد الخصم لايؤمن عليه من الزياده والنقصان ثم الورق الذى كتب عليه القاضى المعزول هذه النسخ ان كان من بيت المال يجبر على دفعه لانه انما كان فى يده لعمله وقد صار العمل لغيره وكذا اذا كان من ماله اومال الخصوم فى الصحيح لانه ما اتخذه للتمول بل للتدين وكذا الخصوم تركوه فى يده لعمله وقد انتقل العمل الى غيره (والزم محبوسا اقر بحق اوقام عليه بينة) يعنى نظر فى حال المحبوسين لانه نصب ناظرا للمسلمين فمن اقر بحق اوانكر فقامت عليه بينة الزمه اياه (ولا يقبل قول المعزول عليه الا ببينة) لانه صار كواحد من الرعايا وشهادت الواحد ليست بحجة خصوصا اذا كانت بفعل نفسه (والا) اى وان لم يقر ولم يقم عليه بينة (نادى عليه) اى لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه اى يأمر مناديا ينادى كل يوم اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلانى بحق فليحضر حتى يجمع بينهما فاذا لم يظهر خصم اخذ منه كفيلا بنفسه (وخلاه) اى اطلقه (ونظر فى الودايع

وغلات الوقف) التى وضعها المعزول فى ايدى الامناء (وعمل بالبينة اواقرار ذى اليد) لان كل ذلك حجة (لابقول المعزول) لما مر (الا ان يقر ذو اليد بالتسليم منه) اذ ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضى فيصح اقرار القاضى كانه فى يده فى الحال لان من فى يده مال اذا اقر به لانسان يقبل اقراره (وجلس للحكم فى المسجد والجامع اولى) لانه اشهر مواضع البلدة (او جلس (فى داره واذن) للناس (بالدخول فيها او يجلس معه من كان يجلس قبله لان الجلوس فى داره وحده يورث التهمة (ورد) اى لم يقبل (هدية) لان قبولها يؤدى الى مراعاة المهدى (الا من ذى رحم محرم او ممن اعتاد مهاداته) اى لايرد منهما (قدر اعهد) اى جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثانى ليس للقضاء بل جرى على العادة (ان لم يكن لهما خصومة) اذ لو كانت لكان اكلا بقضائه (وشهد الجنازة) لانه من حقوق المسلم على المسلم (لا الدعوة الخاصة) وهى ما لو علم المضيف ان القاضى لايحضرها لايتخذها لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف العامة (ويعود مريضا) لانه ايضا من جملة الحقوق (وسوى بين الخصمين جلوسا واقبالا) لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهم فى المجلس والاشارة والنظر (ولايسار احدهما ولايشير اليه ولايلقنه حجة) للتهمة (ولايضحك فى وجهه) لانه اغراء على خصمه (ولايمزح مطلقا) اى لايمازحهما ولا واحدا منهما وغيرهما لانه يزيل مهابة القضاء وهذا احسن مما قال فى الوقاية ولايمزح معه لما قال فى الكافى ولايمزح معه ولامع غيره (ويلقن الشاهد شهادته) بان يقول له اتشهد بكذا وكذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم (واستحسنه ابو يوسف فيما لاتهمة فيه) لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة احضار الخصم والتكفيل (واذا ثبت الحق للخصم باقراره او بينة امره) اى القاضى المقر (بدفعه) اى دفع الحق (فان ابى) اى امتنع عن الدفع (حبسه) شرط الاباء بعد امره ولم يفرق بين ما اذا ثبت الحق عليه ببينة اواقرار وفرق بينهما فى الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه اذ لم يعرف كونه مماطلا فى اول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكى عن الصدر الشهيد والمحكى عن شمس الائمة عكسه لانه اذا ثبت بالبينة يتعذر ويقول ما علمت

انه له على دينا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا يتأتى ذلك فى الاقرار والاحسن ما ذكر ههنا كما قال الزيلعى (قدر ما يرى) اختلف فى تقدير مدة الحبس والصحيح انه مفوض الى رأى القاضى لان الحبس للايذاء واحوال الناس فيه متفاوتة (بطلب ذى الحق) متعلق بقوله حبسه وكذا قوله (فيما لزمه) متعلق به (بدلا عن مال حصل له كثمن مبيع اوقرض او التزمه بعقد كالمهر المعجل وبدل الخلع ودين الكفالة) لان المال اذا حصل فى يده ثبت غناؤه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره (وفى غيرها) من الديون (لا) اى لا يحبس (ان ادعى الفقر) اذ لا دليل على اليسار (الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه قدر ما يراه) كما مر لان دليل اليسار اذا لم يوجد كان القول لمن عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه فيحبسه (ثم يسأل عنه فان لم يظهر له مال اطلقه) فنظرة الى ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما (ولم يمنع غرماءه عنه) لان ثبوت حقه عليه لا يمنع طلب الاخر حقه منه (ولا تقبل بينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة على النفى فلا تقبل ما لم يتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط (وبينة اليسار اولى) يعنى اذا اقام المدعى بينة على اليسار والمدعى عليه على الاعسار فبينة اليسار اولى لانه عارض والبينة للاثبات (وابد حبس الموسر) لان الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من اداء الحق مع القدرة عليه ظهر ظلمه فيجازى بتأبيد حبسه (لا يحبس لنفقة ماضية لزوجته وولده) لانها تسقط بمضى الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فلا يحبس ايضا لانها ليست ببدل عن مال ولا لازمته بعقد على ما ذكرنا (بل يحبس فى الانفاق عليهما اذا ابى) عن الانفاق لان النفقة لحاجة الوقت وفى تركه قصدا هلاكهما فيحبس الدفع هلاكهما (تقضى المرأة فى غير حد وقود) لما مر ان القضاء يستقى من الشهادة وشهادتها جائزة فى غيرهما فكذا قضاؤها فيه ولا يجوز فيهما لما فيها من شبهة البدلية (ولا يستخلف قاض) اى لا ينصب نائبا لان المفوض اليه القضاء لا التقليد ولا يتصرف فى غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بلا اذن الموكل (الا اذا فوض) اى الاستخلاف (اليه) بان قيل له من قبل السلطان ول من شئت (بخلاف المأمور باقامة الجمعة) وهو الخطيب (فانه يستخلف فى الصلوة للضرورة) لكونها على شرف الفوات فلو لم يجز لفاتت الجمعة (من سمع الخطبة) مفعول يستخلف وقدم تحقيقه فى باب صلوة الجمعة وفرع على قوله الا اذا فوض اليه بقوله (فنائب القاضى

(المفوض اليه نائب عن الاصيل) يعنى السلطان (فلا يعزله) اى اذا كان نائبا عن الاصيل لا يعزله القاضى (الا اذا فوض اليه) بان قيل له من قبل السلطان استبدل من شئت فحينئذ يجوز له العزل (ولا ينعزل) اى نائب القاضى (بخروجه) اى القاضى (عن القضاء) هذا ايضا فرع على ما قبله (ونائب غيره) اى نائب غير المفوض اليه (ان قضى عنده اواجاز) اى لم يقض عنده لكنه سمع انه قضى فى غيبته واجازه (صح) قضاؤه لان المقصود حضور رأى الاول وقد وجد (يمضى حكم قاض آخر) يعنى اذا رفع اليه حكم قاض امضاه اذا كان مجتهدا فيه (الا ما خالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع) اذ لا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد تأيد الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه فلو قضى قاض بشاهد ويمين المدعى او بثبوت حل الوطى بمجرد النكاح فى مطلقة الثلث او بجواز بيع متروك التسمية عمدا او بجواز بيع درهم بدرهمين لا ينفذ اما الاول فلمخالفته الكتاب لانه تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان هذا انما يذكر لقصر الحكم عليه ولانه قال ذلك ادنى ان لا ترتابوا ولا مزيد على الادنى واما الثانى فلانه مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة واما الثالث فلانه مخالف لما اتفقوا عليه فى الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع واما الرابع فلان الخلاف فيه منقول عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه فقد انكر عليه الصحابة فلا يعتبر خلافه كذا فى الكافى وقد فرع على قوله يمضى حكم قاض آخر بقوله (فاذا مضى) جزاء هذا الشرط قوله الاتى نفذ (قضاء من حد فى قذف وتاب او) قضاء (الاعمى او) قضاء (امرأة) قوله (بحد او قود) متعلق بقوله قضاء (او) قضاء (قاض لامرأته و) قاض (بشهادة المحدود التائب وشهادة (الاعمى و) قاض (لامرأة بشهادة زوجها و) قاض (بحد او قود بشهادتها) اى بشهادة امرأة (نفذ) لان كلا منها مجتهد فيه ولم يخالف ما ذكر (حتى لو ابطله ثان نفذه ثالث) لان الاجتهاد الاول كالثانى والاول تأيد باتصال القضاء به فلا ينقض باجتهاد لم يتأيد به لانه دونه والقضاء حق الشرع يجب صيانته ومن صيانته ان يلزم ولا يعترض عليه (واما قضاء عبد وصبى مطلقا) اى سواء كان على مسلم او على كافر (و) قضاء (كافر على مسلم فلا ينفذ ابدا) لانتفاء اهلية الشهادة فيهم عليه (يوم الموت لا تدخل تحت القضاء بخلاف يوم القتل) يعنى اذا ادعى رجل ان اباه مات فى يوم كذا وقضى به

فادعت امرأة ان الميت تزوجها بعد ذلك اليوم يسمع ويقضى بالنكاح ولو ادعى قتله فيه وقضى به لم تسمع دعواها النكاح بعده كذا اذا ادعى ان فلانا مات وترك هذا ميراثا لامى وماتت وتركت ميراثالى وقضى له بالبينة فقال المدعى عليه ان امك التى تدعى الارث عنها ماتت قبل فلان الذى تدعى انه مات اولا واقام البينة لم يصح الدفع وسره ان القضاء بالبينة عبارة عن رفع النزاع والموت من حيث انه موت ليس محلا للنزاع ليرتفع باثباته بخلاف القتل فانه من حيث هو هو محل للنزاع كما لا يخفى (القضاء بحل اوحرمة بشهادة زور ينفذ ظاهرا و باطنا اذا ادعاه بسبب معين) يعنى العقود كالبيع و الشراء والاجارة والنكاح والفسوخ كالاقالة والفرقة بطلاق ونحوه فانه ينفذ فيها عند ابى حنيفة ظاهرا و باطنا وعند الباقين ينفذ ظاهرا لا باطنا (بخلاف الاملاك المرسلة) وهى التى لم يذكر فيها سبب معين فانهم اجمعوا انه ينفذ ظاهرا لا باطنا لان الملك لابد له من سبب وليس بعض الاسباب اولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن اثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء وفى النكاح والشراء يقدم النكاح والشراء تصحيحا للقضاء وفى الهبة والصدقة روايتان عن ابى حنيفة رحمه الله والمراد بالنفاذ ظاهرا ان يسلم القاضى المرأة نفسها الى الرجل ويقول سلمى نفسك اليه فانه زوجك وبالنفاذ باطنا ان يحل له وطئها ويحل لها التمكين فيما بينها و بين الله تعالى لهم ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء كذلك لان القضاء ينفذ بقدر الحجة وله ماروى ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدى على رضى الله تعالى عنه واقام شاهدين وقضى بالنكاح بينهما فقالت ان لم يكن لى بد ياامير المؤمنين فزوجنى منه فقال على شاهداك زوجاك ولولم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من تجديد النكاح عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان فى ذلك تحصينهما من الزنا وكان الشهود زورا بدليل القصة القضاء (فى مجتهد فيه) الباء فى قوله (بخلاف رأيه متعلق بالقضاء المراد بخلاف الرأى خلاف اصل المذهب كالحنفى اذا حكم على مذهب الشافعى اونحوه او بالعكس واما اذا حكم الحنفى بما ذهب اليه ابو يوسف اومحمد اونحوهما من اصحاب الامام فليس حكما بخلاف رأيه (لو) كان قضاؤه (ناسيا مذهبه نفذ عند ابى حنيفة ولو عامدا ففيه روايتان) وجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين (وعندهما لا ينفذ فى الوجهين) لانه قضاء بما هو خطاء عنده (قيل عليه الفتوى) قاله فى الهداية (وقيل) الفتوى

على

على النفاذ فيهما) فى الفتاوى الصغرى اذا قضى فى محل الاجتهاد وهو لايرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابى حنيفة وعليه الفتوى كذا فى الكافى (لايقضى على غائب ولاله) لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعلى رضى الله تعالى عنه *لاتقض لاحد الخصمين حتى تسمع الآخر* ولان القضاء لقطع المنازعة ولامنازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح القضاء (الابحضور نائبه حقيقة كوكيله ووصيه اوشرعا كوصى القاضى اوحكما بان يكون مايدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر فينصب الحاضر خصما عن الغائب) ويصير القضاء عليه كالقضاء على الغائب (كما اذا برهن على ذى يد انه اشترى المدعى من فلان الغائب فحكم على الحاضر كان حكما على الغائب) يعنى ادعى عينا فى يد غيره انه اشتراها من فلان الغائب واقام البينة على ذى اليد وقضى به ثم حضر الغائب وانكر ذلك لايلتفت الى انكاره ولايحتاج الى اعادة البينة لانه صار مقضيا عليه فان المدعى لايتوسل الى اثبات حقه على الحاضر الاباثباته على الغائب (ولو) كان مايدعى على الغائب (شرطا لمايدعيه على الحاضر (لا) اى لايكون الحكم على الحاضر حكما على الغائب (اذا كان فيه ابطال حق الغائب) كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فاقامت زوجة الحالف بينة ان فلانا طلق امرأته ووقع الطلاق على لاتقبل بينته فى الاصح لان فيه ضررا على الغائب لابطال نكاحه بخلاف مالولم يتضمن ضررا كمالو علق طلاقها بدخول فلان الدار فانه تقبل لعدم تضمنه ابطال حق الغائب وههنا زيادة تفصيل ذكرت فى المنية فمن ارادها فلينظر فيها (واما اذا قضى عليه) اى على الغائب متعلق بقوله لايقضى على غائب (فقيل ينفذ وقيل لا) قال فى العمادية الحكم على الغائب ينفذ عند الشافعى وينفذ عندنا فى احدى الروايتين (التركة اذا استغرقت بالدين فولاية البيع للقاضى لاللورثة) اذ لاملك للورثة فيها فلا يكون لهم ولاية البيع (يقرض اى القاضى (مال الوقف والغائب واليتيم ويكتب) اى الصك لذكر الحق (لاالاب والوصى) اى لايقرض الاب مال ابنه ولا الوصى مال اليتيم والفرق ان فى الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضى يقدر على التحصيل بخلاف الاب والوصى (قضى بالجور متعمدا واقربه فالغرم عليه فى ماله ولو) قضى بالجور (خطأ فعلى المقضى له) كذا فى التاتارخانية والواقعات للصدر الشهيد (حكما) اى جعل الخصمان بينهما حكما من صلح قاضيا) اى لم يتصف بما ينافى القضاء (فحكم بينهما ببينة او اقرار) معنى

الحكم بالبينة رفع النزاع بينهما بها ومعنى الحكم بالاقرار الالزام على المقر بموجبه ذكره فى النهاية (اونكول فى غير حد اوقود اودية على العاقلة ورضيا بحكمه صح) الاصل ان حكم المحكم بمنزلة الصلح فما يجوز استيفائه بالصلح يجوز التحكيم فيه ومالا فلا واستيفاء الحد والقود والدية لايجوز بالصلح فلا يجوز التحكيم فيها (ولايفتى به) اى بصحته (فى غير ماذكر) لئلا يتجاسر العوام فيه (كذا) اى صح (اخباره باقرار احد الخصمين وبعدالة شاهد حال ولايته) اى بقاء تحكيمهما (لا) اى لايصح اخباره (بحكمه) لانقضاء ولايته كالقاضى المعزول اذا قال قضيت عليك بكذا (ولكل منهما الرجوع قبل حكمه) لانه محكم من جهتهما فيتوقف حكمه على رضاهما فان قيل التحكيم يثبت باتفاقهما فينبغى ان لايصح الاخراج الا باتفاقهما قلنا شرط وجود الشئ لايجب ان يكون بجميع اجزائه شرط البقاء ذلك الشئ كما فى البناء (لابعده) اى لايصح الرجوع بعده حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضى اذا قضى ثم عزل لايبطل قضاؤه (ولايصح حكمه لابويه وولده وزوجته) كحكم القاضى المولى اذ لاتقبل شهادته لهم للتهمة فالاولى ان لايصح قضاؤه لهم (بخلاف حكمهما) اى المولى والمحكم (عليهم) حيث يجوز لعدم التهمة فيه (وان حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما) حتى لو حكم احدهما بدون الآخر لم يجز لانه امر يحتاج فيه الى الرأى والرضاء برأى المثنى فيما يحتاج فيه الى الرأى لايكون رضاء برأى الواحد كما فى البيع والخلع ونحوهما (رفع حكمه الى المولى ان وافق مذهبه امضاه) اذ لافائدة فى نقضه ثم فى احكامه (والا) اى وان خالف (ابطله) فرق بين هذا وبين ما اذا رفع الى القاضى قضية قاض آخر فانه لايرده وان خالف رأيه اذا كان ذلك فى فصل مجتهد فيه ووجهه ان المحكم له ولاية على المحكمين دون غيرهما والقاضى الذى رفع اليه حكمه غيرهما فلا يكون حجة عليه وكان كالصلح فله ان يرده اذا خالف رأيه واما القاضى فله ولاية على كل الناس فكان قضاؤه حجة فى حق الكل فلا يكون لهذا القاضى ان يرده اذا صادف القضاء محله بان يكون فصلا مجتهدا فيه فائدة اذا غاب المدعى عليه بعد ما سمع القاضى البينة عليه اوغاب الوكيل بالخصومة بعد قبول البينة قبل التعديل اومات الوكيل ثم عدلت تلك البينة قيل لايقضى وقيل يقضى وقال شمس الائمة وهذا ارفق بالناس ولو اقر المدعى عليه ثم غاب يقضى عليه باقراره فى قولهم وان غاب الوكيل اومات بعد ما اقيمت عليه البينة ثم حضر الموكل

يقضى عليه بتلك البينة وكذا لو غاب الموكل ثم حضر الوكيل فانه يقضى عليه بتلك البينة وكذا لو مات المدعى عليه بعدما اقيمت عليه البينة يقضى بها على الوارث وكذا لو اقيمت البينة على احد الورثة ثم غاب يقضى بها على الوارث الآخر وكذا لو اقيمت البينة على نائب الصغير ثم بلغ الصغير يقضى بها عليه ولايكلف باعادة البينة كذا فى الخانية

*) باب كتاب القاضى (*

قال فى الهداية باب كتاب القاضى الى القاضى ثم قال فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وقال فى النهاية المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب او المسخر الذى جعله وكيلا لاثبات الحق ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج الى كتاب قاض آخر لان حكم القاضى قد تم على الاول اقول لايخفى ما فيه من التكلف والاحسن ان يقال ان قوله فان شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات فى هذا الباب بل توطئة لقوله وان شهدوا بغير خصم لم يحكم ونظائره كثيرة وترك ههنا قوله الى القاضى لان هذا الباب غير مختص به بل بين فيه السجل والمحضر والصك والوثيقة (شهدا على خصم حاضر حكم) اى القاضى (بها) اى بشهادتهما (وكتب به) اى بحكمه (وهو السجل) فى المغرب السجل كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضى به فالسجل كتاب قاض ذكر فيه حكمه سواء كان منه الى قاض آخر اولا الثانى ظاهر والاول يكون فى صورة الاستحقاق فان المدعى عليه اذا كان محكوما عليه واراد به الرجوع على بايعه وهو فى بلدة اخرى وطلب من القاضى ان يكتب حكمه الى قاض تلك البلدة ليحصل حقه يكتبه القاضى ويكون ايضا سجلا لتضمنه الحكم (اوشهدا على) خصم (غائب لم يحكم بتلك الشهادة لما مر ان القضاء على الغائب لايصح (وكتب بها) اى بتلك الشهادة (الى قاض يكون الخصم فى ولايته (ليحكم المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمى) سمى به لان المقصود به حكم المكتوب اليه (وكتاب القاضى الى القاضى نقل الشهادة حقيقة) لان مضمونه ذلك (ويقبل فيما لايسقط بشبهة) احتراز عن الحد والقود لما سيأتى (كالدين) فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة (والعقار) فانه يعرف بالتحديد ولا يحتاج فيه الى الاشارة (والنكاح) بان ادعى رجل نكاحا على امرأة او بالعكس واراد كتاب القاضى بذلك الى قاض آخر (والطلاق) بان ادعت طلاقا على زوجها (والعتاق والنسب) من الحى والميت

(والوصية والمغصوب والامانة والمضاربة المجحود تين والشفعة والوكالة والوفات والقتل اذا كان موجبه المال) لما سيأتى انه لايقبل فى القود (والوراثة فان ذلك بمنزلة الدين (وكالمنقول فى المختار) انما قال فى المختار لما قيل انه لايقبل فى الاعيان المنقولة كالثياب والعبيد والاماء ونحوها للحاجة الى الاشارة فيما ينقل عند الدعوى والشهادة وقال فى المحيط رجع ابو يوسف عن القول الاول وقال انه يقبل فى العبد لا الامة لان الاباق يغلب فى العبيد دون الاماء وعنه انه يقبل فيهما بشرائطه وعن محمد انه يقبل فى جميع ماينقل وعليه المتأخرون قال القاضى الاسبيجابى وعليه الفتوى كذا فى الكافى (لافى حد وقود) اى لايقبل فيهما لان فيه شبهة البدلية عن الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفى قبوله سعى فى اثباتهما (وذكر) عطف على قوله وكتب بها (اسمه) اى اسم القاضى الكاتب (ونسبه واسم المكتوب اليه ونسبه واسماء الشهود وانسابهم وان كل واحد منهم شهد غب الدعوى الصادرة عن فلان بن فلان) ولايصح الاقتصار على قوله غب الدعوى ولايكفى ان يكتب عمن له ذلك (و) غب (الاستشهاد) حتى اذا شهد شاهد قبل الاستشهاد لايقبل (شهادة صحيحة متفقة اللفظ والمعنى) قد مر فى كتاب الشهادة بيان المراد بالاتفاق لفظا ومعنى (وقرآه) اى القاضى الكاتب (على من اشهد هم) ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به) ان لم يقرأ عليهم اذ لاشهادة بلا علم (وكتب اسمائهم وانسابهم) اى اسماء شهود الطريق وانسابهم (فيه) اى فى الكتاب الحكمى فان كونه كتاب القاضى لايثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتاب كذا فى الخلاصة (و) كتب (تاريخ الكتاب) ولو لم يكتب فيه التاريخ لايقبله وان كتب ينظر هل هو كان قاضيا فى ذلك الوقت ام لا ولا يكتفى بالشهادة اذا لم يكن مكتوبا (وختمه عندهم وسلمه اليهم لئلا يتوهم التغيير وهذا عند ابى ح ومحمد اذ عندهما علم الشهود بما فى الكتاب شرط جواز القضاء به (وابو يوسف لم يشترط ذكر اسم المكتوب اليه ونسبه) بل جوز ان يكتب ابتداء الى من يصل اليه كتابى هذا من القضاة (ولا القراءة عليهم وختمه) فسهل فى ذلك حين ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة (وعليه المتأخرون) توسعة على الناس فالحاصل ان سجل القاضى الى القاضى لايكون الابعد الحكم وكتاب القاضى الى القاضى الذى هو نقل الشهادة لايكون الاقبل الحكم ويشترط ان يكون الكتاب من معلوم الى معلوم فى معلوم اى المدعى لمعلوم اى المدعى على معلوم اى المدعى عليه والقياس

يأبى

يأبى جواز العمل بكتاب القاضى لان كتابه لايكون اقوى من خطابه ولو حضر بنفسه مجلس القاضى المكتوب اليه وعبر بلسانه مافى الكتاب لم يعمل به القاضى لانه صار واحدا من الرعايا فكذا اذا كتب اليه لكنه جوز فيما يثبت بالشبهات لحاجة الناس اليه اذ قد يكون الشاهد للمرء على حقه فى بلدة وخصمه فى بلدة اخرى فيتعذر الجمع بينهما ولايتمكن من ان يشهد على شهادتهما اذ اكثر الناس يعجزون عن اداء الشهادة على الشهادة على وجهها فيحتاج الى نقل الشهادة بالكتاب الى مجلس ذلك القاضى (لايقبل) اى نقل الشهادة (الامن قاض (مولى من) قبل (السلطان) احترازعن المحكم (يملك الجمعة) اى يقدر على اقامة الجمعة فلايقبل من قاضى رستاق (ولايجوز كون شهود الطريق كفارا ولو كان المدعى عليه كافرا) لان شهادتهم ملزمة للحكم على القاضى فتكون حجة عليه ولاعبرة بالخصم (ادعى على غائب مالا واراد بعث وكيله لتحصيله (استحلفه) اى المدعى (القاضى) بانك (ماقبضته كلا او بعضا وما ابرأت ذمته وماتعلم ان رسولا او وكيلا لك قبض منه) لان ذلك الغائب يحتمل ان يدعى بعد وصول الكتاب اليه انه ادى ذلك المال اليه ولايكون له بينة فح يتوجه اليمين على المدعى فاذا حلف قبل يندفع ذلك وتقصر المسافة (فان انقطع الشهود) اى شهود الطريق ولم يصلوا الى المكتوب اليه (اووصلوا الى المكتوب اليه ووجد الخصم فى ولاية قاض آخر اشهدا على شهادتهما) رجلين (آخرين كما فى الشهادة على الشهادة وكتبهما على طريقهما) اى الشهادة على الشهادة (بدليهما) اى بدل الشاهدين الاصليين (فانهاه) اى ماكتب بدلهما (الى من انهى اليه الاصل) اى الاصل المكتوب ان كان الخصم فى بلده (اوالى قاض آخر) ان لم يكن فيه (ثم الى آخر وثم الى آخر الى ان يصل الى من يكون الخصم تحت ولايته) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضى الكاتب شرع فى بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فقال (ثم انه) اى من كان الخصم فى ولايته سواء كان ابتداء او انتهاء (لايقبله) اى نقل الشهادة (الابحضور الخصم) لانه بمنزلة اداء الشهادة على الشهادة اذ الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شهود الاصل بعبارته وكما لاتسمع الشهادة على الشهادة الابحضرة الخصم فكذا لايفتح الكتاب الابحضرة الخصم بخلاف سماع القاضى الكاتب الشهادة لانه للنقل لاللحكم وهذا للحكم (قيل ولم يشترطه ايضا ابو يوسف)

قال فى شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب
يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب
فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به كذا فى غاية البيان (و) لا يقبله ايضا الا
بشهادة رجلين او رجل وامرأتين) لان الكتابة قد يزور اذ الخط يشبه
الخط والخاتم يشبه الخاتم فلا يثبت الا بحجة تامة وايضا كتاب القاضى ملزم
اذ يجب على المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا الزام الا بالبينة (فاذا شهدا
عنده) اى شاهد الطريق عند القاضى المكتوب اليه (انه كتاب القاضى
فلان بن فلان وعدلوا فتحه) قال فى الكافى الصحيح انه انما يفتح الكتاب بعد
ثبوت العدالة فربما يحتاج الى زيادة الشهود واداء الشهادة انما يمكن بعد قيام
الخصم (وقرأه على الخصم والزمه ما فيه ان بقى كاتبه قاضيا فيبطل) اى كتاب
القاضى (ان زال عن القضاء) بموت او عزل او زوال اهلية القضاء عنه (قبل
وصوله) اى الكتاب (اليه) لان الاصل ان خبر الواحد لا يقبل وانما قبوله باعتبار
الولاية الشرعية فاذا لم تبق عاد الامر الى الاصل ولهذا لو التقى قاضيان
فى عمل احدهما او فى مصر ليس من عملهما فقال احدهما للاخر قد ثبت
عندى كذا فاعمل به لم يقبل لانتفاء الولاية (كذا زوال المكتوب اليه عنه) اى
عن القضاء بما ذكر من الاسباب فانه ايضا سبب بطلان كتاب القاضى
الكاتب (الا كتب بعد اسمه) اى اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين) فانه لما عرف الاول صحت كتابة القاضى اليه فيجعل غيره تبعا له
وكم من شئ يثبت تبعا ولا يثبت قصدا (وان كتبه) اى قوله الى كل من يصل
اليه من قضاة المسلمين (ابتداء) اى بلا تسمية القاضى المكتوب اليه (جوزه
ابو يوسف) فانه توسع بعد ما ابتلى بالقضاء (فان قال الخصم) بعد وصول
الكتاب (لست الذى كتب فيه فعلى المدعى اثباته) باقامة البينة على انه هو او طعن
عند هذا القاضى فى القاضى الذى كتب او فى الشهود الذين شهدوا عليه بالحق
عند القاضى الذى كتب الكتاب وقال لهذا القاضى ائتيتك بما اوضح به هذا
عندك او قال له سل عن ذلك فانك تجده على ما قلت ذلك وقال فيهم ما يسقط به
عدالتهم بان قال ان الشهود الذين شهدوا عند القاضى الكاتب عليه بالحق
عبيد او محدودون فى قذف او من اهل الذمة سمع القاضى هذا الطعن فان
اقام على ذلك شاهدين لم يقبل القاضى ذلك الكتاب لان هذه الاشياء ليست
بجرح مجرد فلا يمتنع قبول الشهادة عليها وبه تبين ان ما ذكره فى شرح

الجامع الصغير فى كتاب القضاء انه قبل ان الخصاف ذكر ان الشهادة على الجرح
المجرد مقبولة غير صحيح لان هذه الاشياء ليست بجرح مجرد هذا اذا اقام شاهدين
وان اقام شاهدا واحدا ذكر فى الكتاب ان هذه شبهة يعنى انه تمكنت الشبهة
بشهادة الواحد فتقع الشبهة فى القضاء والقضاء مع الشبهة لا يجوز فيتفحص
فان وجد الامر على ما قاله هذا الواحد فلا يقضى بالكتاب كذا فى شرح ادب
القاضى للخصاف (وان مات) اى الخصم (نفذه) اى القاضى الكتاب (على وارثه
او وصيه) لقيامهم مقامه (جاز نقل شهادة شاهد واحد) يعنى اذا كان لرجل على
رجل آخر فى بلدة اخرى دعوى وله شاهد واحد فى بلدته فاخر فى بلدة المدعى
عليه واراد ان ينقل شهادة من فى بلدته ويدعى على ذلك الشخص ويتمسك بكتاب
الشهادة وبشاهد هناك جاز (و) جاز (كتب توكيل غائب) يعنى اذا كان لرجل
على آخر فى بلدة اخرى دعوى واراد ان يوكل رجلا فى تلك البلدة ليخاصم
من جانبه مع ذلك الرجل جاز ايضا (واختلف فى حكمه) اى القاضى (بعلمه)
قالوا ان محمدا اعتبر علم القاضى حتى قال اذا علم القاضى ان زيدا غصب شيئا
من المدعى يأخذه من زيد ويدفعه الى المدعى وهذا جواب رواية الاصول
وروى ابن سماعة عنه ان القاضى لا يقضى بعلمه وان استفاد العلم فى حالة القضاء
حتى يشهد معه شاهد واحد قال لعل القاضى يكون غالطا فيما يقول فيشترط
مع علمه شاهد اخر حتى يكون علمه مع شهادة شاهد اخر بمعنى شاهدين كذا
فى العمادية ثم لما فرغ عن ذكر السجل وبيان نقل الشهادة شرع فى بيان
المحضر وما اعتبر فيه وفى السجل من تمام التبيين وبيان الصك والحجة والوثيقة
فقال (والمحضر ما كتب فيه حضور المتخاصمين عند القاضى وما جرى بينهما
من الاقرار) من المدعى عليه (والانكار منه والحكم بعد انكاره بالبينة)
من المدعى (او النكول) عن اليمين من المدعى عليه (على وجه يرفع الاشتباه
وكذا السجل) قال فى المحيط البرهانى ان الاشارة فى الدعاوى والمحاضر
ولفظ الشهادة من اهم ما يحتاج اليه وانما كانت اهم قطعا للاحتمال لان المدعى
بدعواه يستحق المدعى به على المدعى عليه والشهود بشهادتهم يثبتون استحقاقه
ولا يثبت الاستحقاق مع الاحتمال وكذا فى السجلات لا بد من الاشارة حتى قالوا
اذا كتب فى محضر الدعوى حضر فلان مجلس الحكم واحضر مع نفسه فلانا
فادعى هذا الذى احضر عليه لا يكفى بصحة المحضر وينبغى ان يكتب فادعى
هذا الذى حضر على هذا الذى احضره اذ بدونه يوهم انه احضر هذا

وادعى على غيره وكذلك عند ذكر المدعى والمدعى عليه فى اثناء المحضر لابد من
ذكر هذا يكتب المدعى هذا والمدعى عليه هذا الان بعض المشايخ كانوا لايفتون
بالصحة بدونه وكذلك قالوا فى السجلات اذا كتب وقضيت لمحمد هذا على احمد
هذا الابدان يكتب لمحمد هذا المدعى على احمد هذا المدعى عليه وكذلك قالوا اذا
كتب فى المحضر عند ذكر شهادة الشهود واشاروا الى المتداعيين لايفتى بصحته لان
الاشارة المعتبرة هى الاشارة عند الحاجة اليها فى موضعها ولعلهم اشاروا الى
المدعى عليه عند الحاجة الى الاشارة الى المدعى واشاروا الى المدعى عند الحاجة
الى الاشارة الى المدعى عليه فيكون ذلك اشارة الى المتداعيين ولايكون معتبرة
فلا بد من بيان ذلك بابلغ الوجوه قطعا للوهم (والصك ما كتب فيه البيع والرهن
والاقرار ونحوها فى المغرب الصك كتاب الاقرار بالمال وغيره معرب والحجة والوثيقة
تتناولان الثلثة) يعنى السجل والمحضر والصك لان فى كل منها معنى الحجة والوثاقة

﴿ مسائل شتى ﴾

جمع شتيت بمعنى متفرق (ولايتد ذوسفل فيه) اى فى السفل (ولاينقب كوة
بلا رضى ذى العلو) يعنى اذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب
السفل ان يتدفيه وتدا ولا ان ينقب كوة بلا رضى ذى العلو على ابى حنيفة رحمه
الله سواء كان مضرا لذى العلو اولا وقال لايصنع فيه مالايضر بالعلو وعلى هذا
الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبنى فى العلو بيتا او يضع جذوعا او يحدث كنفا
(زائغة مستطيلة تتشعب عنها زائغة غير نافذة لايفتح اهل الاولى) من حائط
دراهم (بابا فى الثانية) لان فتحه للمرور وليس لهم حق المرور فى الزائغة
السفلى بل هو مختص باهلها لانها بجميع اجزائها ملك لاربابها حتى لو بيع فيها دار
لايكون لاهل الاولى حق الشفعة فاذا اراد واحد ان يفتح بابا فقد اراد ان يتخذ
طريقا فى ملك الغير ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من ذلك بخلاف
النافذة لان حق المرور فيها للعامة (بخلاف) زائغة (مستديرة لزق طرفاها)
حيث يجوز له ان يفتح بابا فى حائطه فى اى جانب شاء لان هذه سكة واحدة
وهى بمنزلة سكة المشتركة فى دار واحد لكل واحد منهم حق المرور فى كلها ولهذا
او بيعت فيها دار كانت الشفعة للكل على السواء ففتح الباب لايحدث
لنفسه حقا فلا يمنع (ادعى هبة فى وقت فسئل بينة فبرهن على الشراء بعد وقت
الهبة قبل وقبله لا) يعنى ادعى دارا فى يد رجل انه وهبها له وسلمها اليه فى وقت
كذا فسأله القاضى البينة فقال انه جحد فى الهبة فاشتريتها منه وادعى وقتا

بعد وقت الهبة وبرهن عليه يقبل ولو ادعى وقتا قبل وقت الهبة فبرهن
عليه لايقبل والفرق ان التوفيق فى الوجه الاول ممكن فلا يتحقق التناقض
لجواز ان يقول وهب لى منذ شهر ثم جحدنى الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع
وفى الوجه الثانى لايمكن التوفيق فيتحقق التناقض (قال رجل لآخر
(اشتريت منى هذه الجارية فانكر) اى الآخر الشراء (للقائل) اى جاز لمن
قال اشتريت (وطئها) وكان الظاهر ان لايجوز لاقراره بملك الغير (ان ترك)
اى البايع (الخصومة) لان المشترى لما جحد كان فسخا من جهته
اذ الفسخ يثبت فاذا ترك البايع الخصومة تم الفسخ باقتران العمل به وهو
امساك الجارية ونقلها (اقر بقبض عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف
او نبهرجة صدق مع يمينه وفى الستوقة لا) اى لايصدق لان اسم الدراهم
يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا يجوز التجوز
فى الصرف والسلم بالزيوف والنبهرجة لا بالستوقة والقبض لايختص
بالجياد فلا تناقض بين دعوى الزيافة اوالنبهرجة وبين الاقرار بقبض
الدراهم فيقبل (كمن اقر بقبض الجياد او حقه او الثمن او بالاستيفاء)
اما لاقرار بالثلثة الاول فظاهر واما الاقرار بالاستيفاء فلانه عبارة عن القبض
بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه الزيوف مايرده بيت المال والنبهرجة
مايرده التجار والستوقة ماغلب عليه الغش (قال) رجل (لآخر لك على
الف فرده) اى قال ليس لى عليك شئ (ثم صدقه) اى قال فى مجلسه بل لى
عليك الف (لغا تصديقه بلاحجة) اى لايكون على المقر له شئ لان المقر له
اذا قال لاشئ لى عليك فقد رد اقراره والمقر له ينفرد برد الاقرار فملك
ابطاله بنفسه فاذا بطل برده التحق بالعدم فاذا ادعى بعده فلابد من
الحجة او تصديق خصمه (ادعى خمسة دنانير فقال المدعى عليه اوفيتكها فجاء
بشهود يشهدون انه دفع اليه خمسة دنانير لكنا لاندرى انها من هذا الدين او غيره
جاز شهادتهم وبرئ المدعى عليه) كذا فى العمادية (اقام البينة على شراء
واراد الرد بعيب ردت بينة بايعه على براءته من كل عيب بعد انكاره بيعه) يعنى
اذا ادعى على رجل انه اشترى منه هذه الامة وانكر المدعى عليه البيع فبرهن
المشترى عليه ثم وجد بها عيبا قديما واراد ردها فبرهن البايع انه برئ اليه من كل
عيب لم يقبل للتناقض بين الكلامين اذ شرط البراءة من العيب تصرف
فى العقد بتغييره عن اقتضاء صفة السلامة الى غيرها وتغيير العقد

من وصف الى وصف بلا عقد محال واذا بطل التوفيق ظهر التناقض وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى انه يقبل اعتبارا بفصل الدين ولهما ان الدين قد يقضى وان كان باطلا كما مر ولا كذلك هنا (بطل صك كتب ان شاء الله فى آخره) اى اذا كتب رجل اقراره بدينه فى صك ثم كتب فى آخره ومن قام لهذا الذكر الحق فهو ولى مافيه يعنى من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله بطل الذكر كله عند الامام وعندهما ينصرف الاستثناء الى مايليه لان الذكر للاستيثاق ولو صرف الى الكل يكون للابطال وله ان الكل كشئ واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما فى الكلمات المعطوفة كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لايلتحق به و يصير كفاصل السكوت (مات ذمى فقالت عرسه اسلمت بعد موته وقال ورثته بل قبله صدقوا) لان الاسلام ثابت فى الحال والحال تدل على ماقبلها كما فى مسئلة الطاحونة اذا اختلف الموجر والمستأجر فى جريان الماء وانقطاعه حيث يحكم الحال ويستدل بها على الماضى وهذا ظاهر يعتبر للدفع وان لم يعتبر للاستحقاق (كما فى مسلم مات فقالت عرسه اسلمت قبل موته وقالوا بعده) فان القول للورثة ايضا لانها تدعى امرا حادثا والاصل فى الحوادث ان يضاف حدوثها الى اقرب الاوقات (قال هذا ابن مودعى الميت لاوارث له غيره دفعها اليه) يعنى من مات وله فى يد رجل مائة درهم وديعة فقال المودع لرجل آخر هذا ابن الميت لاوارث له غيره فالقاضى يقضى بدفع الوديعة اليه لانه اقر بان مافى يده حق الوارث بطريق الخلافة فصار كما لو اقر انه حق المورث وهى حى بطريق الاصالة (فان اقر بابن آخر له لم يفد اذا كذبه الاول) بل يكون المال كله للاول لان هذه شهادة على الاول بعد انقطاع يده عن المال فلا تقبل كما لو كان الاول ابنا معروفا (تركة قسمت بين الورثة او الغرماء بشهود لم يقولوا لانعلم له وارثا اوغريما آخر لم يكفلوا) اى لم يؤخذ منهم كفيل بالنفس عند الامام وقالا يؤخذ لان القاضى نصب ناظرا للغيب والموت قد يقع بغتة فلا يمكن له بيان كل الورثة او الغرماء و يجوز ان يكون للميت وارث غائب او غريم غائب فيجب على القاضى الاحتياط بالتكفيل مبالغة فى الاحياء وتفاديا عن الانواء وله ان جهالة المكفول له تبطل الكفالة كما مر فى كتابها (ادعى دارا) فى يد رجل (لنفسه ولاخيه

الغائب وبرهن عليه اخذ نصف المدعى وترك باقيه مع ذى اليد بلا تكفيله جحد دعواه اولا) وقالا اذا جحد ها ذو اليد اخذها القاضى منه ويجعلها فى يد امين حتى يقدم الغائب وان لم يجحد ترك النصف الآخر فى يده حتى يقدم الآخر لان الجاحد خائن فيؤخذ منه والمقر امين فيترك فى يده وله ان اليد الثابتة لاتنزع بلا ضرورة ولا ضرورة لان القضاء وقع للميت بالكل لان الوارث قال هذا ميراث ولا وارث الا بثبوت الملك للمورث واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما لو كان مقرا وبطل جحوده بقضاء القاضى والظاهر انه لايجحد فيما يستقبل لان الحادثة صارت معلومة للقاضى ولذى اليد وجحوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال (كذا المنقول فى الاصح) اى اذا كانت الدعوى فى المنقول فقيل يؤخذ منه اتفاقا لاحتياج المنقول الى الحفظ والنزع من يده ابلغ فى الحفظ كيلا يتلفه واما العقار فمحفوظ بنفسه وقيل المنقول على الخلاف ايضا يعنى يترك النصف فى يد ذى اليد وهذا اصح لانه يحتاج الى الحفظ والترك فى يده ابلغ فى الحفظ لان المال فى يد الضمين اشد حفظا وبالانكار صار ضامنا ولو وضع فى يد عدل كان امينا فيه فلو تلف لم يضمن وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضى وضع لقطعها لا لانشائها (وصيته بثلث ماله تقع على كل شئ و) اذا قال (مالى او ما املكه صدقة يقع على مال الزكوة) والقياس فيهما واحد وهو قول زفر رحمه الله لان اسم المال عام فيلزمه التصدق بكل ماله كما فى الوصية ولنا ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ما اوجبه الله تعالى من الصدقة المضافة الى مال مطلق كقوله تعالى * خذ من اموالهم صدقة * انصرف الى الفضول لا الى كل المال فكذا مايوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها اخت الميراث لكونها خلافة كالوراثة والارث يجرى فى جميع الاشياء فكذا الوصية (فان لم يجد غيره) اى غير مال الزكوة (امسك منه قوته فاذا ملك يتصدق بقدره) لان حاجته مقدمة ثم ان كان صاحب حرفة يمسك قوت يوم وان كان صاحب دور وحوانيت يمسك قوت شهر وان كان صاحب ضيعة يمسك قوت سنة وان كان تاجرا يمسك مقدار مايصل اليه ماله (صح الايصال بلا علم الوصى لا التوكيل بلا علم الوكيل) يعنى اذا اوصى رجل الى آخر ولم يعلم الوصى حتى باع شيئا من التركة فهو وصى وبيعه جائز ولا يصح بيع الوكيل حتى يعلم والفرق ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث والتوكيل اثبات

ولاية التصرف فى ماله لا لاستخلاف بعده لبقاء ولاية المنوب عنه فلا يصح
بلا علم من يثبت له الولاية (فلو علم الوكيل ولو من فاسق صح تصرفه) لان
الاعلام بالوكالة اثبات حق للوكيل ليستوفيه ان شاء وليس فيه الزام ليشترط
شرائط الالزام (ويشترط لعزله خبر عدل او مستورين كعلم السيد بجناية
عبده والشفيع بالبيع والبكر بالنكاح ومسلم لم يهاجر بالشرايع) لان الخبر بهذه
الجملة يشبه التوكيل من حيث ان المتصرف يتصرف فى ملكه ويشبه الالزامات
لما فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف فوجب ان يشترط
احد الشرطى الشهادة وهو العدل او العدالة توفيرا على الشبهين (باع القاضى
او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد) من يد المشترى
لم يضمن لان القاضى او امينه بمنزلة الامام فانهم يحتاجون الى امثال هذا كثيرا
فلو رجع الحقوق اليهم لتقاعدوا عن اقامتها فيختل مصالح الناس (ورجع
المشترى على الغرماء) لانه عقد لم يرجع عهدته على العاقد فتجب على من
يقع له العقد والبيع واقع للغرماء فيكون العهدة عليهم كما لو كان العاقد صبيا
او عبدا محجورين وقد توكلا عن غيرهما بالبيع فان الحقوق ترجع الى الموكل
(وان باع الوصى لهم) اى للغرماء (بامر القاضى وقبض ثمنه وضاع من يده
واستحق العبد او مات قبل قبضه) اى الثمن (رجع المشترى على الوصى) لان
الرجوع بالثمن من حقوق العقد وحقوقه ترجع الى العاقد وهو الوصى نيابة
عن الميت لانه وان نصبه القاضى فانما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون
قائما مقام القاضى وحقوق العقد ترجع اليه لو باشره فى حيوته فكذا ترجع الى
من قام مقامه (وهو) اى الوصى (عليهم) اى يرجع على الغرماء لانه باع لهم
فكان عاملا لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه فيه ضمان يرجع على من وقع له العمل
ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه بدينه لانه لم يصل اليه وقيل
لا يرجع ايضا بما غرم للوصى من الثمن لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض
الوصى كقبضه والاصح انه يرجع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه كذا فى
الكافى (القاضى اخرج الثلث للفقراء ولم يعطهم اياه حتى هلك كان من
مالهم) اى الفقراء (والثلثان للورثة) كذا فى الواقعات ووجهه ما مر (امرك
قاض عالم عدل برجم او قطع او ضرب قضى به على شخص وسعك فعله) وقال
محمد رحمه الله تعالى آخرا لا يقبل قوله حتى يعاين الحجة لان قول القاضى يحتمل
الغلط والتدارك لا يمكن وكثير من مشايخنا اخذوا به وقالوا ما احسن

هذا فى زمننا لان القضاة قد فسدوا فلا يؤتمنون على نفوس الناس ودمائهم
واموالهم الا فى كتاب القاضى الى القاضى فانهم اخذوا فيه بظاهر الرواية
للضرورة ووجه ظاهر الرواية فى الاولى ان القاضى امين فيما فوض اليه ونحن امرنا
بطاعة اولى الامر وطاعته فى تصديقه وقبول قوله وقال الشيخ ابو منصور ان كان
القاضى عالما عادلا لا يجب قبول قوله لظاهر الامر وعدم تهمة الخطاء والخيانة
وصدق عدل جاهل سئل فاحسن تفسيره بان يقول فى الزنا انى استفسرت المقربه
كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول فى حد السرقة انه ثبت عندى
بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفى القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة فح
يجب تصديقه وقبول قوله (ولم يقبل قول غيرهما وهو جاهل فاسق وعالم فاسق
لتهمة الخطأ بالجهل والخيانة بالفسق (الا ان يعاين سبب الحكم) يعنى سببا
شرعيا فح يقبل قوله لانتفاء التهمة (صدق معزول قال لزيد اخذت منك الفا
قضيت به لبكر ودفعت اليه او قال قضيت بقطع يدك فى حق وادعى زيد اخذه
وقطعه ظلما واقر) اى زيد (بكونه) فى قضائه) يعنى اذا قال قاض معزول لرجل
اخذت منك الف درهم ودفعته الى زيد قضيت به عليك فقال الرجل
اخذت ظلما فالقول للقاضى بلا يمين وكذا لو قال قضيت بقطع يدك بحق وقال
فعلته ظلما فالقاضى يصدق بكل حال اذا كان المأخوذ منه ماله او المقطوع
يده مقرا بكونه حال قضائه لانه لما اقر به صار مقرا بشهادة الظاهر للقاضى
لان فعل القاضى على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان فجعل القول قوله
بلا يمين اذ لو لزمه اليمين صار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ ولو انكر كونه
قاضيا يومئذ وقال فعلته قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضى ايضا
فى الصحيح لانه اذا عرف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضاء لانها
معهودة وهى منافية للضمان فصار القاضى بالاضافة الى تلك الحالة منكرا للضمان
فكان القول قوله كما لو قال طلقت او اعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهودا

*) كتاب القسمة (*

لا يخفى وجه المناسبة بين كتاب القضاء وكتاب القسمة (هى) لغة اسم للاقتسام
كالقدرة للاقتدار وشرعا (تمييز بين الحقوق الشايعة) بين المتقاسمين
(وركنها فعل يحصل به التمييز) بين الانصباء كالكيل والوزن والعد والذرع
فى الكيلى والوزنى والعددى والذرعى (وسببها طلب الشركاء او احدهم
الانتفاع بحصته) حتى اذا لم يوجد منهم الطلب لم يصح القسمة (وشرطها

عدم فوت المنفعة) فانها افراز ما لكل واحد قبل القسمة من الملك
والمنفعة وانما يتحقق هذا اذا بقى المفرز على ما كان قبل الافراز باصله ومنافعه
واما اذا تبدل فيكون تبديلا لا افرازا (وحكمها تعيين نصيب كل على حدة)
لانه الاثر المترتب عليها (ولا تعرى مطلقا) اى سواء كانت فى المثليات
او القيميات (عن معنى افراز هو اخذ عين حقه و) معنى (مبادلة هى اخذ عوض
عنه) اى عن حقه اذ ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فكان
ما يأخذه كل منهما نصفه ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان افرازا والنصف
الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما فى يد صاحبه فكان مبادلة (وان)
وصلية (غلب الاول) اى معنى الافراز والتمييز (فى المثليات) وهى المكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة لان ما يأخذه مثل حقه صورة ومعنى
فامكن ان يجعل عين حقه (وان) غلب (الثانى) اى معنى المبادلة (فى غيرها)
يعنى الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل
كانه اخذ حقه وفرع على ما ذكر بقوله (فيأخذ شريك حصته بغيبة
صاحبه فى الاول) لكونه عين حقه (لا الثانى) لكونه غير حقه (ولمعنى
الافراز يجبر عليها فى متحد الجنس) من غير المثليات فقط (عند طلب احدهم)
يعنى ان المبادلة لما كانت غالبة فى القيميات كالحيوانات والعروض كان ينبغى
ان لا يجبر على القسمة فيها لكن يجبر عليها لما فيها من معنى الافراز فان احدهم
بطلبه القسمة يسأل القاضى ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الآخر عن
الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر
القاضى على قسمتها لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو
توافقوا جاز لان الحق لهم (ويستحب نصب قاسم يرزق من بيت المال)
لان الاصح ان القسمة من جنس عمل القضاء لتمام قطع المنازعة بها فاشبه
رزق القاضى (وصح نصبه باجر على عدد الرؤس) اى رؤس المتقاسمين عند
الامام لان النفع لهم على الخصوص وعندهما على قدر الانصباء لانه مونة
الملك فيقدر بقدره وله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب
الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم
باصل التمييز ثم ان الاجر هو اجر المثل وليس له قدر معين فان باشر القاضى
بنفسه القسمة فعلى رواية كون القسمة من جنس عمل القضاء لا يجوز له اخذ
الاجر وعلى رواية عدم كونها منه جاز (ويجب كونه عدلا عالما بها) اى بالقسمة

لانه ان كان من جنس عمل القضاء فلابد من القدرة وهى بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهى بالعدالة (ولا يعين واحد لها) اذ لو تعين يحكم بالزيادة على اجر مثله
(ولا يشترك القسام) لئلا يتواضعوا على مغالات الاجر فيؤدى الى الاضرار
بالناس (وصحت برضاء الشركاء) لولايتهم على انفسهم واموالهم (الا عند
صغر احدهم) فح لا تصح بل يحتاج الى امر القاضى لقصور ولايتهم عنه (قسم
نقليا ادعوا ارثه وعقارا ادعوا شراءه او ملكه مطلقا ولو ادعوا ارثه عن زيد لا)
اى لا يقسم (حتى يبرهنوا على موته وعدد ورثته) لا خلاف فى الاولين وفى هذا
خلاف الامامين لهما انه فى ايديهما وهو دليل الملك والاقرار امارة الصدق
ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما فى المنقول الموروث والعقار المشترى والبينة لا تفيد
لانها على المنكر لكنه يذكر فى صك القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم
ولا يكون قضاء على شريك آخر لهم وله ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة
القاضى وقول الشركاء ليس بحجة عليه فلا بد لهم من اقامة البينة ليثبت
بها القضاء على الميت فان التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل
ثبوت حقه فى الزوائد كاولاد ملكه وارباحه حتى يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه
وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعده من
الزوائد فكان هذا قضاء على الميت بقطع حقه فلا بد من البينة ويصير بعضهم
حينئذ مدعيا والبعض خصما وان كان مقرا (و) لا (ان برهنا انه) اى العقار
(معهما حتى يبرهنا انه لهما) يعنى ان ادعوا الملك فى العقار ولم يذكروا كيف
انتقل اليهم لم يقسمها حتى يقيما البينة انه لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل
هذا قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح
لان القسمة ضربان لحق الملك تكميلا للمنفعة ولحق اليد تتميما للحفظ
وامتنع الاول هنا لعدم الملك وكذا الثانى للاستغناء عنه لانه محفوظ بنفسه كذا
فى الكافى (برهنا على الموت وعدد الورثة وهو) اى العقار (معهم وفيهم
صغير او غائب قسم ونصب قابض لهما) هو وصى من الطفل ووكيل من
الغائب لان فى هذا النصب نظرا للغائب والصغير ولابد من اقامة البينة
على اصل الميراث فى هذه الصورة عنده ايضا بل اولى لان فى هذه القسمة
قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعندهما يقسم بينهم باقرارهم ويعزل
حق الغائب والصغير ويشهد انه قسمها بينهم باقرار الكبار الحضور وان الغائب
او الصغير على حجته (وان برهن واحد من الورثة او شروه) اى الشركاء

(وغاب احدهم اوكان) اى العقار (مع الوارث الصغير او الغائب) اوكان (معه شئ منه) اى من العقار (لا) اى لا يجوز القسمة اما الاول وهو عدم جواز القسمة اذا برهن واحد فلانه لبس معه خصم وهو ان كان خصما عن نفسه فلبس احد خصما عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فلبس احد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه بخلاف مالوكان الحاضر من الورثة اثنين حيث تكون القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين واما الثانى وهو عدم جواز القسمة اذا اشتروا وغاب احدهم فللفرق بين الارث والشراء فان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بايع المورث ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشراء المورث حتى لو وطئ امة اشتراها مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث على بايع مورثه بثمنها وقيمة الولد للغرور من جهته فانتصب احدهم خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرت المتقاسمين واما الملك الثابت بالشراء لكل واحد منهم فملك جديد بسبب باشره فى نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فحينئذ تكون البينة فى حق الغائب قائمة بلا خصم فلا تقبل واما الثالث وهو عدم جواز القسمة اذا كان العقار مع الوارث الصغير او الغائب اوشئ منه فلان هذه القسمة قضاء على الغائب او الصغير الحاضر باخراج شئ مما كان فى يده عن يده بلا خصم حاضر عنهما (وقسم بطلب احدهم ان انتفع كل بحصته و بطلب ذى الكثير فقط ان لم ينتفع الاخر لقلة حصته) يعنى اذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه قسم بطلب احدهم لان فى القسمة تكميل المنفعة وكانت حقا لازما فيما يحتملها اذا طلب احدهم وان انتفع احدهم بنصيبه اذا قسم وتضرر لآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم كذا ذكره الخصاف وذكر الجصاص عكسه وذكر الحاكم فى مختصره ان ايهما طلب قسم القاضى قال فى الخانية وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى وقال فى الكافى ما ذكره الخصاف اصح وفى الذخيرة وعليه الفتوى (لا) اى لا يقسم (ان تضرر كل للقلة الا بطلبهم) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها فيعود على موضعها بالنقض وتجوز بالتراضى لان الحق لهم (ولا الجنسين بالتداخل) يعنى لا يقسم الجنسين بادخال بعضه فى بعض بان اعطى احد المتقاسمين بعيرا والآخر شاتين مثلا جاعلا بعض

هذا فى مقابلة ذلك اذ لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تميزا بل تقع معاوضة فتعتمد التراضى دون الجبر لان ولاية الاجبار للقاضى تثبت بمعنى التميز لا المعاوضة (و) لا (الرقيق) يعنى اذا كان الرقيق وهو العبيد والاماء بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلو اما ان يكون مع الرقيق شئ آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب اولا فان كان صح القسمة فى قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما فظاهر واما عند ابى حنيفة فيجعل الذى مع الرقيق اصلا فى القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له فى القسمة وقد يثبت الحكم لشئ تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب فى البيع والمنقولات فى الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا واناثا لم يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا او اناثا لا يقسم القاضى بينهما عند ابى حنيفة ولا يجبرهما على ذلك وقالا يجبرهما عليها لاتحاد الجنس كما فى الابل والغنم وله ان التفاوت فى الآدمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة ونحوهما فلا يكون ذلك قسمة وافرازا بخلاف سائر الحيوانات فان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا يرى ان الذكر والانثى من بنى آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (و) لا (الجواهر) قيل اذا اختلف الجنس كاللآلى واليواقيت لا يقسم لان الجنس لما اختلف لم يتحقق معنى القسمة وهو تكميل المنفعة وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل الجواب يجرى على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق ولهذا لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة اوخالع عليها لا يصح التسمية ولو خالع او تزوج على عبد يصح فالاولى ان لا يجبر على القسمة (و) لا (الحمام والبئر والرحى الا برضاهم) وكذا الحائط بين الدارين لان القسمة لتكميل المنفعة فاذا لم يكن كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا لا يتحقق معنى القسمة فلا يقسم القاضى بخلاف التراضى لالتزامهم الضرر (دور مشتركة اودار وضيعة اودار وحانوت قسم كل واحدة) ههنا امور ثلثة الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضى والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها فى معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة فى دار واحدة مثلا صقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا فى الفصول كلها

ينظر القاضى الى اعدل الوجوه ويمضى بها على ذلك واما الدار والضيعة او الدار والحانوت فيقسم كل منها وحدها لاختلاف الجنس ثم لما فرغ عن بيان القسمة وبيان ما يقسم ولا يقسم ما شرع فى بيان كيفية القسمة فقال (ويصور القاسم ما يقسم) اى ينبغى للقاسم ان يصور ما يقسمه على القرطاس ليمكنه حفظه (ويعدله) اى يسويه على سهام القسمة (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم بناؤه) اذ ربما يحتاج اليه بالآخرة (ويفرز كل قسم بطريقه) اى يميزه عن الباقى بطريقه (وشربه) لئلا يكون لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فيتحقق معنى التمييز والافراز على الكمال (فاذا كان) اى ما يقسم (بين جماعة لهم سدس وثلث ونصف مثلا يجعله) اى يجعل ما يقسم (ستة اسهم ويلقب الاول بالسهم الاول وما يليه بالثانى والثالث الى السادس ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول فان كان صاحب السدس اخذ حقه وان كان صاحب الثلث اخذه وما يليه وان كان صاحب النصف اخذه واللذين يليانه ولا يدخل دراهم لبست من التركة فى القسمة الا برضاهم) صورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفى احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الآخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذى وقع البناء فى نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فح للقاضى ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم فى الدار لا فى الدراهم فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك (فان وقع مسيل قسم) هذا مرتبط بقوله ويفرز كل قسم بطريقه وشربه وما بينهما من متممات الاول (او طريقه فى قسم الآخر بلا شرط فيها) اى فى القسمة (صرف) اى المسيل او الطريق (عنه) الى القسم الاول (ان امكن) ليحصل معنى القسمة وهو قطع الشركة وتكميل المنفعة بلا ضرر (والا فسخت) اى القسمة لان المقصود وهو ما ذكرنا لم يحصل فتفسخ وتستأنف على وجه يمكن لكل منهما ان يجعل مسيل او طريق (جاز شهادة القاسمين عند اختلاف المتقاسمين) فى القسمة عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد والشافعى لا تجوز لانها شهادة على فعل نفسهما فتبطل ولهما انها شهادة على فعل غيرهما باستيفاء حقهما (سفل ذو علو وسفل وعلو مجردان عن العلو والسفل قوم كل وحده وقسم بها) اى بالقيمة لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغير ذلك فصار كالجنسين

فلا يمكن التعديل الا بالقيمة (اقر احد المتقاسمين بالاستيفاء ثم ادعى الغلط) فى القسمة وزعم ان بعضا مما اصابه فى يد صاحبه وقد كان اشهد بالاستيفاء (لا يصدق الا بحجة) لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فدعى الغلط يدعى لنفسه حق الفسخ بعد لزوم سبب ظهور العقد فلا يقبل الا بحجة فان لم توجد استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم واذا انكروا حلفوا عليه لرجاء النكول فمن حلف منهم تخلص ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقراره حجة عليه دون غيره قالوا ينبغى ان لا يسمع دعواه اصلا للتناقض واجيب بان القاسم امين وهو اعتمد على قوله فاقر ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط فى فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق (وان قال) اى احد الشريكين (قبضته) يعنى نصيبه (فاخذ شريكى بعضه وانكر) اى شريكه (حلف) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكر والقول للمنكر مع اليمين (وان قال قبل اقراره) بالاستيفاء (اصابنى من كذا الى كذا ولم يسلمه الى تحالفا وفسخت) اى القسمة لان الاختلاف فى مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع كما ذكر فى احكام التحالف فى الدعوى ولو اختلفا فى التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا اعتبار به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقتسما دارا واصاب كلا طائفة فادعى احدهما بيتا فى يد الآخر انه من نصيبه وانكر الآخر فعليه البينة) لانه يدعى عليه حقا وهو منكر (واذا اقاماها فالعبرة لبينة المدعى) لانه خارج (ان استحق بعض معين من نصيبه لا يفسخ القسمة) اتفاقا (وفى استحقاق بعض شايع فى الكل تفسخ) اى القسمة اتفاقا (وفى استحقاق بعض شايع من نصيبه) لا تفسخ (عند ابى ح) اى لا تفسخ لكن له ولاية الفسخ (بل يرجع فى نصيب شريكه) خلافا لابى يوسف فانه يقول ينتقض القسمة وما بقى فى ايديهما يكون بينهما نصفين وقول محمد مضطرب والاصح انه مع ابى حنيفة كذا فى الكافى (ظهر دين فى التركة المقسومة تفسخ) اى القسمة (الا اذا قضوه) اى الورثة الدين (او ابرأ الغرماء) ذمم الورثة (او بقى منها ما يفى به) اى بالدين يعنى اذا قسمت التركة بين الورثة ثم ظهر دين محيط قيل للورثة اقضوا فان قضوا صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع الملك لهم فيها الا اذا قضوا الدين او ابرأ الغرماء ذممهم فحينئذ يصح القسمة لزوال المانع فكذا اذا لم يكن

محبطا لتعلق حق الغرماء بها الا اذا بقى منها ما يفى بالدين فحينئذ لا تفسخ لعدم الاحتياج اليه (ولو ظهر غبن فاحش فى القسمة بالقضاء تبطل) عند الكل لان تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضى له ان يبطل القسمة فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا عبرة به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى وقيل تفسخ وهو الصحيح ذكره فى الكافى (ادعى احد المتقاسمين دينا فى التركة صح) حتى اذا اقام البينة له ان ينقض القسمة ولم يكن قسمته ابراء من الدين لان القسمة تصادف الصورة وحق الغريم يتعلق بالمعنى (ولو ادعى عينا لا) اى لا يصح لوجود التناقض اذ الاقدام على القسمة اقرار منه بان المقسوم مشترك (وصحت المهاياة) وهى لغة مفاعلة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ والتهايؤ تفاعل منها وهى ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم رضى بهيئة واحدة واختارها وشرعا قسمة المنافع والقياس ان لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت بالاجماع (فى سكون هذا بعضا من دار وذاك بعضا و) سكون (هذا علوها وذاك سفلها و) فى (خدمة عبد) بان يخدم العبد (هذا) الشريك يوما وذاك) الشريك (يوما كسكنى بيت صغير) بان يسكنه هذا الشريك يوما وذاك يوما (و) خدمة (عبدين) بان يخدم (زيدا هذا) العبد (و) يخدم (بكرا) العبد (الآخر) اذا كانت المهاياة فى المكان كانت افرازا من كل وجه ولهذا لا يشترط فيها التأقيت وجاز لكل منهم ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك فى العقد او لا لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والاجارة وفى المهاياة فى الزمان افراز من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق فى المهاياة فى المكان دون الزمان وكذا لو تهايئا فى الزمان فى عبد واحد لانها متعينة فيه لتعذر التهايؤ فى المكان والبيت الصغير كالعبد (لا فى غلة عبد او عبدين او) غلة (بغل او بغلين او ركوب بغل او بغلين او ثمرة شجرة او لبن شاة) اى لا تجوز المهاياة فى هذه الاشياء اما فى عبد واحد او بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء فالظاهر التغير فى الحيوانات فيفوت المعادلة بخلاف المهاياة فى الاستغلال دار واحدة حيث تجوز فى ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير فى العقار فافترقا واما فى عبدين او بغلين فلان التهايؤ فى الخدمة جوز للضرورة لامتناع قسمتها ولا ضرورة فى الغلة لانها تقسم واما فى ركوب بغل

او بغلين فلان الركوب يتفاوت بتفاوت الراكبين فلا يتحقق التسوية فلا يجبر القاضى عليه واما فى ثمرة شجرة او لبن شاة ونحوه فلان التهايؤ مختص بالمنافع ولا يوجد فى الاعيان والضرورة تتحقق فى المنافع لامتناع قسمها بعد وجودها لسرعة فنائها بخلاف الاعيان

) كتاب الوصايا (

وجه ايراد هذا الكتاب فى آخر الكتاب ظاهر لان آخر احوال الآدمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب القسمة لان القسمة بين الورثة تكون بعد الموت والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمى به الموصى به والايصاء لغة طلب شئ من غيره ليفعله فى غيبته حال حيوته وبعد وفاته وشرعا يستعمل تارة باللام يقال اوصى فلان لفلان بكذا بمعنى ملكه له بعد موته ويستعمل اخرى بالى يقال اوصى فلان الى فلان بمعنى جعله وصياله يتصرف فى ماله واطفاله بعد موته فالقوم لم يتعرضوا للفرق بينهما وبيان كل منهما بالاستقلال بل ذكروهما فى اثناء تقرير المسائل وقد بين كل منهما ههنا بانفراده ولما امتنع تعريف اللفظ المشترك بين المعنيين بمفهوم واحد عرف كل منهما بادخال او المقسمة بينهما فقال (الايصاء جعل الغير مالكا لماله بعد موته او تفويض التصرف فى ماله ومصالح اطفاله الى غيره بعد موته فههنا بابان) لبيان المعنيين الاول فى بيان الوصية بالمال ونحوه وهو المنفعة فان الوصية قد تكون بالمنفعة كما سيأتى (ركنها قوله اوصيت بكذا لفلان ونحوه) من الالفاظ المستعملة فيها (وشرطها كون الموصى اهلا للتمليك) فلا تجوز من المملوك ولو مكاتبا والصغير والمجنون (وعدم استغراقه بالدين) لانه مقدم على الوصية كما سيأتى (و) كون (الموصى له حيا وقتها) اذ لو كان ميتا لبطلت الوصية (و) كونه (غير وارث ولا قاتل) كما سيأتى من عدم جواز الوصية للوارث والقاتل (وكون الموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصى مالا كان او منفعة (وحكمها كون الموصى به ملكا جديدا للموصى له) لاقامة الموصى اياه مقام نفسه حتى وجب عليه الاستبراء للجارية الموصى بها (جازت بالثلث للاجنبى وان لم يجزها الوارث) لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم * ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم فى اخر اعماركم زيادة لكم فى اعمالكم تضعونها حيث شئتم وعليه الاجماع ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت

الموت لاوقت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك
حتى اذا اوصى لاخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ ولو عكس بان
اوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ
لما ذكرنا (لا الزيادة عليه) اى على الثلث لان حق الورثة تعلق بماله
لانعقاد سبب زواله اليهم وهو استغناؤه عن المال لكن الشرع جوزه فى حق
الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره كما مر ولم يجوزه فى حق الورثة
لئلا يتأذى بعضهم بايثار البعض (الا ان يجيز ورثته بعده) اى بعد موته
(وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا تعتبر اجازتهم حال
حيوته لانها قبل ثبوت الحق لان ثبوته عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد
وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه
لان الساقط لا يعود (وندب باقل منه) اى من الثلث (عند غنى
ورثته او استغنائهم بحصتهم) لانه تردد بين الصدقة على الاجنبى والهبة
للقريب والاولى اولى اذ يبتغى بها رضاء الله تعالى (ولولاهما) اى
لولا غناؤهم ولا استغناؤهم بحصتهم (فالترك اولى) لان فى ترك الوصية
صدقة على القريب بقدر الوصية والوصية تصدق على الاجنبى فالاولى
اولى لقوله صلى الله عليه وسلم * افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح
(كترك مع احدهما) اى ان لم تكن الورثة اغنياء او لا يستغنون بحصتهم
من التركة فترك الوصية اولى (ووجبت اذا كان عليه حق الله تعالى كالحج
والزكوة) لانه لما قصر منه فى حيوته وجب عليه التدارك بعد مماته تخلية
لذمته (وتؤخر) اى الوصية (عن الدين) لانه اهم الحاجتين فانه فرض
والوصية تبرع الا ان يبرأه الغرماء فح تصح لزوال المانع (وصحت) اى الوصية
(بالكل) اى بكل ماله (عند عدم وارثه) لان المانع من الصحة تعلق حق
الوارث فاذا انتفى تصح (و) صحت (لمملوكه بثلث ماله) فى الخلاصة الوصية
للعبد بعين من اعيان ماله لا تصح اما لو اوصى بثلث ماله له مطلقا تصح وتكون
وصية للعتق فان خرج من الثلث قيمة العبد عتق كله بغير سعاية وان خرج
بعضه عتق وسعى فى بقية قيمته ولو اوصى له بشئ من الدراهم او الدنانير المرسلة
قال الامام النسفى الاصح انه لا تصح كالوصية بالعين وقال فى المنية لو اوصى
لعبده القن اولامته القنة جازت الوصية وهذا مخالف لما فى الخلاصة فاما

ان يقيد هذا بما سوى العين او يطلق ويحمل على غير الاصح وفى الخانية
لو اوصى لمكاتب نفسه او لام ولد نفسه او لمدبر نفسه جاز الكل استحسانا
ولو اوصى لعبده القن اولامته القنة ثم مات جازت الوصية فى كلهم الا عند
ابى حنيفة فى الوصية للقن يعتق ثلثه مجانا وعليه ثلثا قيمته وله ثلث ماله
من سائر التركة فيتقاصان ويترد ان الفضل وعند صاحبيه يعتق العبد
وتصرف الوصية اولا الى العتق فان فضل من الثلث شئ كان الفضل
للعبد (و) صحت (للحمل) بان يقول اوصيت لحمل فلانة كذا درهما (وبه)
اى بالحمل ايضا بان يقول اوصيت لحمل جاريتى هذه لفلان فان الوصيتين
تصحان لان الوصية اخت الميراث والارث يجرى فى الصورتين فتصح
الوصية ايضا لكن الثانية انما تصح (ان ولد) اى الحمل (لاقل من ستة اشهر
من وقتها) اى من وقت الوصية فان صحة وصية الحمل موقوفة على وجوده
وانما يتعين وجوده اذا ولد فى هذه المدة (وبالامة الا حملها) فانها ايضا تصح
لان الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا فلا كما مر فى البيوع
ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه (ومن المسلم للذمى وبالعكس)
فالاول لقوله تعالى * لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين * الاية
والثانى لانه بعقد الذمة يساوى المسلم فى المعاملات حتى جاز التبرع من الجانبين
فى الحيوة فكذا فى الممات (لا لحربى فى داره) فى الجامع الصغير الوصية للحربى
وهو فى دارهم باطلة لانها بر وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى
* انما ينهيكم الله عن الذين يقاتلونكم فى الدين واخرجوكم من دياركم * الاية
وفى السير الكبير ما يدل على الجواز وجه التوفيق انه لا ينبغى ان يفعل وان فعل
جاز كذا فى الكافى والنهاية اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه
قول الجامع الصغير وهو فى دارهم فانه احتراز عن حربى ليس فى دارهم
وهو المستأمن فان الحربى ما دام فى دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن
فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر فى السير الكبير (ولا لوارثه) لقوله
صلى الله تعالى عليه وسلم * لا وصية لوارث * (وقاتله مباشرة) سواء كان عامدا
او خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم * لا وصية للقاتل * ولانه قصد الاستعجال
بفعل محظور فعوقب بالحرمان عن مقصوده وهو الارث وقوله مباشرة احتراز
عن التسبيب كوضع الحجر فى غير ملكه (الا باجازة ورثته وهم كبار) الاستثناء
متعلق بالمسئلتين (او يكون القاتل صبيا) ذكره فى الاسرار (ولا من صبى مميز)

لانها تبرع وهو ليس من اهله (الا فى تجهيزه وامر دفنه) فانه تجوز عندنا استحسانا حتى اذا لم يكن مميزا لم يجز اصلا (وان) وصلية (مات بعد الادراك) هذا متعلق بقوله ولا من صبى مميز يعنى اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز لعدم الاهلية وقت المباشرة (او اضافها اليه) بان قال اذا ادركت فثلثى لفلان وصية فانه لا تجوز لقصور الولاية فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما فى الطلاق والعتاق (و) لا (من عبد) لانه ليس من اهل التبرع (ومكاتب وان ترك وفاء) لانه ايضا ليس من اهل التبرع وقيل عندهما تصح فى صورة ترك الوفاء (الا اذا اضافها) اى اضاف العبد والمكاتب الوصية (الى العتق) فح تصح لان اهليتهما تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال اسقاطه (ولا من معتقل اللسان بالاشارة) اعلم ان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان فى وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود والفرق ان الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا كانت معهودة وذلك فى الاخرس دون معتقل اللسان حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارة معهودة كان بمنزلة الاخرس وقدر الامتداد بسنة وقيل ان دامت العقلة الى الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى ذكره الزيلعى (قبولها بعد موته) اى قبول الوصية لا يعتبر الا بعد موت الموصى لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت (فيبطل قبولها وردها قبله) اى قبل الموت كما اذا قال لامرأته انت طالق غدا على درهم فان ردها وقبولها باطل قبل الغد كامر (وبه) اى بالقبول (يملك) اى الموصى به ولا يملك قبله لان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره بلا اختياره بخلاف الميراث فانه خلافه حتى يثبت فيه هذه الاحكام جبرا من الشارع بلا قبول لولايته عليه (الا اذا مات موصيه ثم هو) اى الموصى له بلا قبول (فهو) اى الموصى به (لورثته) اى ورثة الموصى له استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما ذكرنا ان الملك موقوف على القبول فصار كمشتر مات قبل قبوله بعد ايجاب البايع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كما فى بيع شرط فيه الخيار للمشترى اذا مات قبل الاجازة (وله) اى يجوز للموصى (الرجوع عنها) اى الوصية (بقول صريح) نحو رجعت عما اوصيت لانه تبرع لم يتم فصار كالهبة (وفعل يقطع حق المالك عن المغصوب

كقطع الثوب وخياطته (او يزيد فى الموصى به ما يمنع تسليمه بدونه كالبناء او يزيل ملكه كالبيع) فان كل تصرف اوجب زوال ملك الموصى كان رجوعا كما اذا باع الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فان الوصية لا تنفذ الا فى ملكه فاذا زال عنه كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا (بخلاف غسل ثوب اوصى به) فانه لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا (الجحود ليس برجوع) لان الرجوع اثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فبينهما تناف ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة (كذا كل وصية اوصيت بها فحرام او ربوا) فانه ايضا ليس برجوع لان وصف الحرمة والربوية يقتضى بقاء الاصل فلا يتحقق الرجوع (و) قوله كل وصية اوصيت بها (اخرتها بخلاف تركتها) فان الاول ليس برجوع والثانى رجوع لان ترك الشئ اسقاط والتأخير ليس باسقاط فان الداين اذا قال لمديونه تركت لك دينك كان ابراء له ولو قال اخرت عنك لا يكون ابراء كذا فى المحيط (و) بخلاف كل (وصية اوصيتها فهى باطلة) فانه ايضا رجوع لان الباطل ذاهب متلاش لا اصل له (او الذى اوصيت به لزيد فهو لعمرو او لفلان وارثى) فان كلا منهما يكون رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات التخصيص له فاقتضى رجوعا عن الاول ثم الورثة بالخيار ان شاؤا اجازوا وان شاؤا ردوا بخلاف ما اذا اوصى به لآخر ايضا فانه لا يكون رجوعا لان اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون العبد مشتركا بينهما (ولو كان فلان ميتا وقتها فالاولى) من الوصيتين (بحالها) لان بطلان الاولى من ضرورات الاثبات للثانى فاذا لم تثبت له فهو للاول (ولو) كان فلان (حيا) وقتها (فمات قبل الموصى فهى لورثة الموصى) لبطلان الوصيتين لانه لما اثبتت للثانى كان رجوعا عن الاول فبطلت فى حق الاول وصحت فى حق الثانى ثم بطلت بموته قبل موت الموصى (تبطل هبة المريض ووصيته لمن نكحها بعدهما) اى بعد الهبة والوصية الاصل فى هذا الفصل ان كون الموصى له وارثا او غير وارث لجواز الوصية وفسادها يعتبر يوم الموت لا يوم الوصية وفى الاقرار يعتبر كون المقر له وارثا او غير وارث يوم الاقرار لجوازه وفساده فاذا اوصى المريض لامرأة بشئ او وهب لها شيئا ثم تزوجها ثم مات بطلت الوصية والهبة اما الوصية فلانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهى وارثة ح والوصية للوارث باطلة واما الهبة وان كانت منجزة صورة فهى

كالمضافة الى ما بعد الموت حكما لانها وقعت موقع الوصايا الا انها تبرع يتقرر حكمه عند الموت (بخلاف اقراره) فان المريض اذا اقر لامرأة بدين ثم تزوجها ثم مات جاز اقراره لما مر ان المعتبر فيه كون المقر له وارثا او غير وارث يوم الاقرار وهي اجنبية فيه (و) تبطل (وصيته وهبته واقراره لابنه كافرا او عبدا او مكاتبا ان اسلم او اعتق بعد ذلك) اى بعد الوصية والهبة وغيرهما اما الوصية والهبة فلما مر ان المعتبر فيهما حال الموت واما الاقرار فانه وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا (المقعد) وهو العاجز عن المشى لداء فى رجليه (والمفلوج) الفلج داء يعرض نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية (والاشل) وهو الذى فى يده ارتعاش وحركة (والمسلول) وهو الذى يكون له علة السل وهو قرح يكون فى الرية (ان طال مدته سنة كالصحيح والا فكالمريض) يعنى ان هذه امراض مزمنة فمن عرض له واحد منها وتصرف بشئ من التبرعات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان المرض مرض الموت فتعتبر تصرفاته من الثلث وان مات بعد تمامها لم يكن مرض الموت لانه اذا سلم فى الفصول التى كل منها مظنة الهلاك صار المرض بمنزلة طبع من طبايعه وخرج صاحبه من احكام المرض حتى لا يشتغل بالتداوى (اجتمع الوصايا) وكان بعضها فرضا وبعضها نفلا (ضاق الثلث فى الفرض والنفل قدم الفرض) سواء قدمه الموصى او اخره كالحج والزكوة والكفارات لان الاصل ان يقدم الاهم (وان تساوت) فى القوة (قدم ما قدم) اى الموصى فى الذكر لان الظاهر من حال الانسان ان يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص ولو نص على تقديم ما بدأ به لزمنا تقديمه كذا هنا (اوصى بحج احج عنه راكبا من بلده ان كفى نفقته) لان الواجب الحج عن بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما كان واجبا عليه ويحج راكبا اذ لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذى وجب عليه (والا) اى وان لم تكف (فمن حيث تكفى) والقياس ان لا يحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فتنفذ ما امكن (مات حاج فى طريقه واوصى به) اى بان يحج عنه (يحج كذلك) اى من بلده ان كفى نفقته والا فمن حيث تكفى وقالا وهو قول زفر يحج عنه من حيث تبلغ وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره فى الطريق

واما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع ذكره الزيلعى (اوصى بان يحج عنه بهذه المائة فهلك منها درهم يحج عنه بما بقى من حيث تبلغ) استحسانا وان لم يهلك شئ احج بها فان بقى منه شئ رد على الوارث) لان التركة حق الورثة الا ما اشتغل بحق الوصية (بخلاف الوصية باعتاق عبد عنه) اى بهذه المائة فهلك منها درهم (حيث لم يعتق بالباقى) لان الوصية اذا وجبت لمستحق لم يصح تنفيذها لغيره وههنا اوصى بالعتق لعبد يشترى بما سمى فلم يصح تنفيذها فى عبد يشترى باقل منه لانه غير الاول فكان فيه تنفيذ الوصية لغير الموصى له وذا لا يجوز (اوصى بان يشترى بكل ماله عبد فيعتق عنه ولم يجز الورثة بطلت) لما مر ان العبد المشترى بالكل مغاير لما يشترى بالثلث (كذا اذا وصى بان يشترى له عبد بالف درهم فزاد الالف على الثلث لم تجز) للتغاير بينهما ايضا

* (باب الوصية بالثلث) *

اوصى له بثلثه ولآخر بثلثه) فان اجاز الورثة فلهما الثلثان ولهم الثلث وان يجيزوا) اى الورثة فالثلث بينهما نصفين لانهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما فيكون بينهما (ولو اوصى (له بثلثه ولآخر بكله ولم يجيزوا فكذا عند ابى حنيفة) اى الثلث بنصف بينهما (وعندهما يربع) اى يجعل اربعة اسهم ثلثة للموصى له بالكل وواحد للموصى له بالثلث لان الزائد على الزائد على الثلث انما يبطل بمعنى ان الموصى له لا يستحقه حقا على الوارث لكن يعتبر فى ان الموصى له يأخذ من الثلث بحصته ذلك الزائد اذ لا موجب لابطاله هذا المعنى فمخرج الثلث ثلثة فالثلث واحد والكل واحد فصارت اربعة فيقسم الثلث بهذه السهام (ولو له بثلثه ولآخر بنصفه ولم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان عنده وعندهما على خمسة اسهم سهمان لصاحب الثلث) لانه يجعل كل سدس سهما (وثلثة اسهم لصاحب النصف) لانه الحاصل بالضرب (ولو له بالسدس ولآخر بالثلث فالثلث بينهما اثلاثا عندهم) بلا خلاف ثم هذا الخلاف مبنى على خلاف مقرر بينهم ذكره بقوله (ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث) قال فى العناية اى لا يجعل من ضرب من ماله سهما اى جعل ومفعول لا يضرب محذوف اى لا يضرب شيئا وقال صدر الشريعة المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب فاذا اوصى بالثلث والكل فعند ابى حنيفة سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف فى ثلث المال فالنصف فى الثلث يكون نصف الثلث

وهو السدس فلكل سدس المال وعندهما سهام الوصية اربعة والواحد من الاربعة ربع فيضرب الربع فى ثلث المال فالربع فى الثلث يكون ربع الثلث ثم لصاحب الكل ثلثة من الاربعة وهى ثلثة ارباع الثلث فيضرب ثلثة الارباع فى الثلث يعنى ثلثة ارباع الثلث ولصاحب الثلث واحدة من الاربعة فيضرب الواحدة فى الثلث وهو الربع يعنى ربع الثلث (الافى المحاباة) صورتها عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومأة وقيمة الآخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لكونه فى حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهى الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهى خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابى حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى له بالف باكثر من خمسمائة (والسعاية) صورتها ان يوصى بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازها الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا اعتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذى قيمته الفان ويسعى فى الباقى والثلث للذى قيمته الف ويسعى فى الباقى (والدراهم المرسلة) اى المطلقة عن كونه ثلثا ونصفا ونحوهما صورتها ان يوصى لرجل بالفين والآخر بالف وثلث ماله الف ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ووجه فرق الامام بين هذه الصور الثلث وبين غيرها ان الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين ونحوهما والشرع ابطل الوصية فى الزائد يكون ذكره لغوا فلا يعتبر فى حق الضرب بخلاف ما اذا لم تكن مقدرة حيث لا يكون فى العبارة ما يكون مبطلا للوصية كما اذا اوصى بخمسين درهما واتفق ان ماله مائة درهم فان الوصية غير باطلة بالكلية لامكان ان يظهر له مال فوق المائة واذا لم تكن باطلة بالكلية تكون معتبرة فى حق الضرب (ولو اوصى (بنصيب ابنه بطل) لان الوصية بما هو حق الابن لا تصح لغيره (ولو) اوصى (بمثله) اى بمثل نصيب الابن (لا) اى لا تبطل اذ لا مانع منه (و) لو اوصى (بسهم اوجزء) اى لو قال اوصيت بسهم من مالى اوجزء منه (له بين وارثه) اى يقال للوارث اعط

ماشئت لانه مجهول والجهالة لا تمنع صحة الوصية فالبيان الى الوارث هذا ما اختاره المشايخ بناء على العرف ان السهم كالجزء واما اصل الرواية فبخلافه وهو المذكور فى الوقاية (و) لو اوصى (بسدس ماله ثم بثلثه واجيز له ثلثه) اى يكون السدس داخلا فى الثلث قال صدر الشريعة فان قلت قوله ثلث مالى له ان كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء يجب ان يكون له النصف عند اجازة الورثة وان كان فى السدس اخبارا و فى الثلث انشاء فهذا ممتنع ايضا اورد هذا السؤال ولم يجب عنه اقول وبالله التوفيق نختار انه انشاء وانما يجب له النصف عند الاجازة لو كان النصف مدلول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث فى كلامه شايع وضم الشايع الى الشايع لا يفيد ازديادا فى المقدار بل يتعين الاكثر مقدما كان او مؤخرا ولهذا قال الجمهور فى تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن لا يتصور الا فى الشايع وضم السدس الشايع الى الثلث الشايع لا يفيد زيادة فى العدد فلا يتناول اكثر من الثلث وفائدة الاجازة انما تظهر فيما يكون متناول اللفظ والا لكان برا مستأنفا لا اجازة ويقرب من هذا قول اهل المعقول ان ضم الكلى الى الكلى لا يفيد الجزئية (وفى سدس مالى مكررا له سدسه) يعنى اذا قال سدس مالى له ثم قال فى ذلك المجلس او مجلس آخر سدس مالى له كان له سدس واحد لان المعرفة اعيدت معرفة (وبثلث دراهمه او غنمه وهلك ثلثاه له ما بقى) يعنى اذا اوصى بثلث دراهمه او ثلث غنمه فهلك ثلثا كل منهما وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فللموصى له جميع ما بقى وقال زفر له ثلث ما بقى لان كل واحد منهما مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقى منه عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا انه فى الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم فى الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة واذا امكن الجمع جمع حق الموصى له فيما بقى تقديما للوصية على الارث لان الموصى جعل حاجته فى هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل فى مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شئ منه ان يجعل الهالك من التبع كما فى مال الزكوة حيث يصرف الهالك الى العفو اولا ثم الى نصاب يليه ثم وثم (و) لو اوصى (بثلث رقيقه او ثيابه مختلفة او دوره له) اى للموصى له (ثلث ما بقى) لان الظاهر منها التفاوت بين افرادها فتكون اجناسا مختلفة فلا يمكن جمع حق

احدهم فى الواحد (و) لو اوصى (بالف وله) اى للموصى (نقد ودين) على الغير من جنس الالف (هو) اى الالف الموصى به (نقدان خرج) اى الالف (من ثلثه) اى ثلث النقد لامكان ايفاء كل ذى حق حقه بلا جنس فيصار اليه (والا فثلث النقد وثلث المأخوذ من الدين) يعنى كلما خرج شئ من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفى الالف لان الموصى له شريك الوارث وفى تخصيصه بالعين بجنس فى حق الورثة لان العين اولى من الدين (و) لو اوصى (بثلثه لزيد وبكر الميت كان لزيد مطلقا) اى سواء علم موت بكر اولا لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابى يوسف انه اذا لم يعلم الموصى موته فله نصف الثلث لان الوصية صحيحة عنده لبكر فلم يرض للحى الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم موته لان الوصية لبكر لغو فكان راضيا بكل الثلث لزيد (كذا لو) اوصى (له) اى لزيد (وان كان فى هذا البيت ولا احد فيه) كان الثلث لزيد لان المعدوم لايستحق مالا (او) اوصى (له) اى لزيد (ولعقبه) كان الثلث لزيد لان العقب من يعقبه بعد موته فيكون معدوما فى الحال (او له) اى لزيد (ولولد بكر فمات ولده قبل موت الموصى او له ولفقراء ولده اولمن افتقر من ولده وفات شرطه عند موت الموصى) فالثلث كله لزيد فى هذه الصور لان المعدوم او الميت لايستحق شيئا فلا تثبت المزاحمة لزيد فصار كما اذا اوصى لزيد والجدار (وان قال ثلث مالى بينهما) اى بين زيد وبكر (وبكر ميت فنصفه) اى نصف الثلث (لزيد) لان مقتضى هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث (اوصى لزيد مثلا بثلثه وهو) اى الموصى (فقير له) اى للموصى له (ثلث ماله) اى الموصى (عند موته) لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود الملك عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب (ولو) اوصى (بثلث غنمه ولا غنم له او هلك قبل موته بطل) اى الايصاء لما ذكر انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ فان هذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح (كذا بشاة من غنمى ولا غنم له) فان الوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علم ان مراده عين الشاة حيث جعله جزء من الغنم (و) فى بقوله اوصيت (بشاة من مالى له قيمتها من ماله) لانه لما قال من مالى دل على ان غرضه الوصية بمالية الشاة (و) لو اوصى (بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء

والمساكين

والمساكين لهن) اى لامهات الاولاد (ثلثة اخماس) من الثلث (ولهما) اى للفقراء والمساكين (الباقيان من ثلثة الاخماس بالمناصفة هذا عندهما وعند محمد يقسم الثلث على سبعة اسهم ثلثة منها لامهات الاولاد لان المذكور فى الفقراء والمساكين لفظ الجمع واقله فى الميراث اثنان والوصية اخت الميراث ولهما ان الجمع المحلى باللام يراد به الجنس وتبطل الجمعية كقوله تعالى * لايحل لك النساء فيراد به الواحد فيقسم على خمسة ولهن ثلثة منها (ولو) اوصى (بثلثه لزيد وللفقراء نصف بينهما) عندهما وعند محمد يقسم الثلث اثلاثا (ولو) اوصى (بمائة لزيد ومائة لبكر او اوصى بها) اى بمائة (لزيد وخمسين لبكر ان اشرك آخر معهما) اى قال لآخر اشركتك معهما (فله) اى لذلك الآخر (ثلث كل مائة فى الاول) لان نصيب زيد وبكر متساويان فيه وقد اشرك اخر معهما فيكون شريكا لكل منهما ما لكل منهما وهو ثلث المائة (ونصف ما لكل منهما فى الثانى) لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين ولابد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان (وفى له على دين فصدقوه صدق الى الثلث) يعنى اذا قال المريض مخاطبا لورثته لفلان على دين فصدقوه فيما قال صدق فلان الى الثلث والقياس ان لايصدق لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعى بلا حجة ولان قوله لفلان على دين اقرار بالمجهول وهو وان كان صحيحا لكن لايحكم به الا بالبيان وقد فات وجه الاستحسان انه سلطه على ان يأخذ ما اوصى وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بان يوصيه له ابتداء فيصح تسليطه ايضا بالاقرار له بدين مجهول والمرء قد يحتاج الى ذلك بان يعرف اصل الحق ولا يعرف قدره فيسعى فى فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية فى حق التنفيذ وان كان دينا فى حق المستحق وجعل التقدير فيها الى الموصى له ولهذا يصدق فى الثلث لا الزيادة (فان اوصى بالثلث معه) اى مع المقر له الاول بلا رجوع عنه (عزل) اى الثلث (لهما) اى المقر له والموصى له (والباقى) وهو الثلثان (للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم (فيقال) اى بعد ما عزل يقال (لكل) من اصحاب الوصايا والورثة (صدقوه فيما شئتم وما بقى من الثلث (فلاصحاب الوصايا) لايشاركهم فيه صاحب الدين وفى العزل فائدة

اخرى وهى ان احد الفريقين قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الد والج وربما يختلفون فى الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا عزلنا قلنا علمنا ان فى التركة دينا شايعا فى كل التركة فامر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه (واذا بينوا) شيئا (يؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا به والباقى لهم ويؤخذ الورثة بثلثى ما اقروا به) لينفذ اقرار كل فريق فى قدر حقه (ويحلف كل) اى كل فريق منهم (على العلم فى دعوى الزيادة) اى ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره (وفى الف لوارث واجنبى له نصفه وخاب الوارث) يعنى اذا اوصى لوارثه ولاجنبى فللاجنبى نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح فى الاول لا الثانى (وفى الحى والميت الكل للحى) لان الميت ليس باهل الوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحى والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الوارث لكنه حرم لعارض (وبثلثة اثواب متفاوتة بكل لرجل ان ضاع ثوب ولم يدر اى هو والورثة تقول لكل توى حقك بطلت) يعنى اذا كان له اثواب جيد وردى ووسط فاوصى بكل واحد لرجل وضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تقول لكل واحد منهم الثوب الذى هو حقك قد ضاع فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطلت الوصية كما لو اوصى لاحد هذين الرجلين الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين (وان سلموا الباقيين) زال المانع وهو الجحود وصحت الوصية (اخذ ذو الجيد ثلثى الجيد وذو الردى ثلثى الردى وذو الوسط ثلث كل من الجيد والردى) لان الثوبين انما يقسمان بين الثلثة على هذا الوجه وهو ان يأخذ كل واحد منهم ثلثى الثوب وانما تعين حق صاحب الجيد فى الجيد اذ لا حق له فى الردى بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان يكون هو الجيد الاصلى ويحتمل ان يكون حقه فى الضايع بان يكون هو الاجود فكان تنفيذ وصية فى محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق صاحب الردى اذ لا حق له فى الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الردى بان يكون هو الردى الاصلى ويحتمل ان يكون حقه فى الضايع بان يكون الاردى فكان تنفيذ وصية من محل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق الاخر فى ثلث كل من الثوبين لان صاحب الجيد لما اخذ ثلثى الجيد وصاحب الردى ثلثى الردى لم يبق الا ثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه فى ذلك ضرورة كذا فى الكافى (وببيت معين من دار مشتركة تقسم فان اصاب

اى البيت المعين (الموصى فهو للموصى له والا) اى وان لم يصبه (فله قدره) يعنى اذا كانت دار بين رجلين فاوصى احدهما لرجل ببيت منها بعينه فانها تقسم فان وقع البيت فى نصيب الموصى فهو للموصى له عندهما وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع فى نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت فيما اصاب الموصى عندهما وعند محمد مثل ذرع نصف البيت (كما فى الاقرار) يعنى اذا كان مكان الوصية اقرار فالحكم كذلك قيل بالاجماع وقيل فيه خلاف محمد (وبالف معين من مال زيد له الاجازة بعد موت الموصى والمنع بعدها) يعنى اذا اوصى من مال رجل لاخر بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصى فان دفعه اليه جاز وله ان يمنع لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته فان اجاز كان تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم لانه لم يتم بعد فاشبه الهبة قبل التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية فى مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى (اقر احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه دفع ثلث نصيبه) لانه اقر له بثلث شايع فى التركة وهى فى ايديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث فشريك الوارث فلا يسلم له شئ الا ان يسلم للورثة مثلاه (ولدت الموصى بها لزيد بعد موت الموصى وقبل القسمة وقبول الموصى له فهما له ان خرجا من الثلث والا اخذ الثلث منها ثم منه) يعنى اذا اوصى لرجل بامة فولدت بعد موت الموصى ولدا قبل القسمة وكلاهما يخرجان من ثلث ماله فهما للموصى له لان الام دخلت فى الوصية اصالة والولد تبعا لاتصاله بالام فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على حكم ملك الميت بدليل انه ينفذ وصاياه منه وتقضى ديونه دخل فى الوصية كانه اوجب فيهما الوصية فكانا للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ينفذ وصيته اولا من الام ثم من الولد هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له (ولو ولدت (بعدهما) اى بعد القبول وبعد القسمة (فهو للموصى له) لان التركة بعد القسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له (و) لو ولدت (بعد القبول وقبلها) اى القسمة ذكر القدورى انه لا يكون موصى به ولا يعتبر خروجه عن الثلث وكان للموصى له من جميع المال

كالو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كالو ولدت قبل القبول (ولو) ولدت (قبل موت الموصى لم يدخل تحت الوصية بل بقى على) حكم (ملكه) اى ملك الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية والكسب كالولد فى جميع ماذكرنا كذا فى الكافى

)باب العتق فى المرض(

الاعتاق فى المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل (المعتبر حال العقد فى تصرف انشائى فيه معنى التبرع) احتراز عن تصرف اخبارى فانه اذا اقر بالدين فى المرض نفذ من كل المال وكذا النكاح فيه بمهر المثل نفذ من كل المال (فلو كان) ذلك التصرف الانشائى (فى الصحة فمن) اى يعتبر من (كل ماله والا فمن ثلثه) بخلاف الاخبارى وما ليس فيه تبرع فانه ليس كذلك (والمعتبر حال الموت فى الاضافة اليه فيكون) ذلك التصرف الانشائى (من ثلثه مطلقا) سواء كان فى الصحة او المرض بعد ان كان مضافا الى الموت (اذا مات) لوجود المضاف اليه (ومرض صح منه كالصحة) لان حق الوارث او الغريم انما يتعلق بماله فى مرض الموت وبالبرء ظهر انه ليس كذلك (واعتاقه) اى المريض (ومحاباته وهبته وضمانه من الثلث) لانها فى حكم الوصية لكونها فى المرض (فان حابى فاعتق فهى) اى المحاباة (احق من العتق (وهما) اى المحاباة والعتق (فى عكسه) اى اذا اعتق ثم حابى (سواء) صورة المحاباة ثم الاعتاق ما اذا باع عبدا قيمته مائتان بمائة ثم اعتق عبدا قيمته مائة ولا مال له سواهما يصرف الثلث الى المحاباة ويسعى العبد فى كل قيمته وصورة العكس اعتق العبد الذى قيمته مائة ثم باع العبد الذى قيمته مائتان بمائة فانه يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فالعبد المعتق يعتق نصفه محاباة ويسعى فى نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين (وعندهما عتقه اولى فيهما) اذ لا يلحقه الفسخ وله ان المحاباة اقوى لانه فى ضمن عقد المعاوضة لكن ان وجد العتق اولا وهو لا يحتمل الرفع يزاحم المحاباة (ففى عتقه بين المحاباتين نصف) من الثلث (للاولى) من المحاباتين (ونصف للاخرين) يعنى العتق والمحاباة الثانية لان العتق يتقدم عليها فيستويان (وفى عكسه) يعنى اذا اعتق ثم حابى ثم اعتق (لها) اى للمحاباة (نصف ولهما) اى للعتقين (نصف) يعنى يقسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم

بينه وبين العتق الثانى (تبطل) اى الوصية (بعتق عبده ان جنى بعد موته فدفع) يعنى اذا اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى والموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه بعد موته بان ظهر على الميت دين وقد اوصى بعتق العبد بيع العبد بدينه (وان فدى لا) اى ان فداه الورثة كان الفداء فى مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد ظهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فينفذ الوصية (اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه فى صحته والوارث فى مرضه) يعنى اذا اوصى رجل له وارث لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى فاقر كل من الوارث وزيد انه اعتقه لكن ادعى زيد اعتاقه فى صحته لئلا يكون وصية تنفذ من الثلث وادعى الوارث اعتاقه فى مرضه ليكون وصية (صدق الوارث وحرم زيد) لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق لان الاعتاق فى الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق فى المرض وهو وصية ايضا لكنه مقدم على الوصية بثلث المال وكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين (الا ان يفضل من ثلثه شئ) على قيمة العبد اذ لا مزاحم (او يبرهن) اى زيد (على دعواه) ان الاعتاق فى الصحة فله المال لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وهو خصم فى اقامتها لاثبات حقه (ادعى زيد دينا على ميت وادعى عبده اعتاقه فى صحته وصدقهما وارثه سعى العبد فى قيمته وتدفع) اى تلك القيمة (الى الغريم وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ) لان العتق والدين ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصار كانهما ثبتا بالبينة ومن اعتق عبدا فى صحته فمات وعليه دين لم يسع العبد له فى شئ فهذا مثله وله ان الاقرار بالدين اقوى ولهذا يعتبر من كل المال فى جميع الاحوال وليس هو بوصية من المريض والاقرار بالعتق فى المرض بمنزلة الوصية حتى اعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فمقتضاه ان يبطل العتق اصلا لكنه بعد الوقوع لا يحتمل الانتقاض فنقضناه معنى بايجاب السعاية (مات وترك ابنا والف درهم فقال رجل لى عليه الف درهم و) قال رجل (آخر الالف المتروك وديعة لى وصدقهما) اى الابن (قيل الوديعة عنده اقوى وعندهما سواء) هذا مختار صاحب الهداية (وقيل الالف بينهما نصفان عنده وعندهما الوديعة اولى) هذا مختار صاحب الكافى

) باب الوصية للاقارب وغيرهم اقاربه (

هذا وماعطف عليه مبتدأ خبره قوله الآتى محرماه فصاعدا (واقرباؤه وذو قرابته وذوانسابه محرماه فصاعدا من ذوى رحمه الاقرب فالاقرب) يعنى اذا اوصى لواحد مماذكر فهى عندابى حنيفة للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه (سوى الوالدين والولد) اذلايطلق عليهما اسم القريب ومن سمى والده قريبا كان عاقالان القريب فى العرف من يتقرب اليه غيره بواسطة الغير وتقرب الوالد والولد بنفسهما لابغيرهما ويدخل فيه الجد والجدة وولدالولد فى ظاهر الرواية لماذكر وانمااعتبر الاقربية لان الوصية اخت الميراث وهى تعتبر فى الميراث فكذافيها والجمع المذكور فى الميراث اثنان فكذا فى الوصية وانما اعتبر المحرمية لان المقصود من الوصية صلة القريب فيختص بهامن يستحق الصلة من قرابته ويستوى فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر وعندهمايدخل فى الوصية كل قريب ينتسب اليه من قبل الاب اوالام الى اقصى اب فى الاسلام ويستوى فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع والكافر والمسلم واختلف فى اشتراط اقصى الاب وقدفرع على قوله الاقرب فالاقرب بقوله (فلوله عمان وخالان فهو) اى الموصى به (لعميه) يعنى اذااوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالموصى به لعميه لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما فى الارث وعندهما يقسم بينهما ارباعا لان اسم القريب يتناولهم ولايعتبران الاقربية (وفى عم وخالين نصف بينه وبينهما) اى نصف الموصى به للعم ونصفه للخالين لان اللفظ جمع فلابدمن اعتبار معنى الجمعية وهو الاثنان فى الوصية كما عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذهو النصف لانه اقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف مااذااوصى لذى قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحرز جميع الوصية لانه الاقرب (وفى عم له نصف) لما ذكر من اعتبار معنى الجمعية واخذ النصف (وفى عم وعمة استويا) لان قرابتهما مستويان ومعنى الجمع قدتحقق بهما فاستحقوا (وجيرانه ملاصقوه) عندابى حنيفة وزفر وهو القياس لان الجار عند الاطلاق انمايتناول الجار الملاصق وقدقال النبى صلى الله تعالى عليه وسلم الجاراحق بسقبه* اى بقربه والمراد هو الملازق وفى الاستحسان وهو قولهما هومن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلته لان الكل يسمى جيرانا عرفا (واصهاره كل ذى رحم محرم من امرأته) لانه صلى الله تعالى عليه وسلم

لماتزوج صفية اخرج كل من ملك ذى رحم محرم منها اكرامالها وكانوا يسمون اصهار النبى (واختانه زوج كل ذى رحم محرم منه) كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكذا كل ذى رحم محرم من ازواج هؤلاء قيل هذا فى عرفهم واما فى عرفنا فلايتناول الازواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يشمل الكل (واهله امرأته) لانها المرادة به لغة وعرفا قال الله تعالى * اذقال لاهله * اى لامرأته يقال تأهل اى تزوج وعندهما من كان فى عياله ونفقته اعتبار اللعرف قال الله تعالى * فنجيناه واهله الاامرأته * والمراد من كان فى عياله (وآله اهل بيته) لان الآل القبيلة التى ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه الى اقصى اب له فى الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير (وابوه وجده منهم) لان الاب اصل البيت وكذا الجد (وجنسه اهل بيت ابيه دون امه) لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام (واهل بيتها وجنسها) يعنى اذااوصت امرأة لاهل بيتها اوجنسها (لايتناول ولدها الا اذا كان من قوم ابيها) كذا فى الكافى (وولد زيد يتناول الذكر والانثى) لوجود مبدأ الاشتقاق فيهما (وفى ورثته الذكر كانثيين) يعنى اذااوصى لورثة فلان فهى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لمانص على لفظ الورثة علم ان قصده التفضيل كما فى الميراث (وايتام بنى فلان وعميانهم وزمنائهم واراملهم يتناول فقيرهم وغنيهم وذكورهم واناثهم ان احصوا) اذ امكن تحقيق التمليك فى حقهم والوصية تمليك (والا) اى وان لم يحصوا (فلفقرائهم) لان المقصود من الوصية القربة وهى فى سدالخلة وردالجوعة وهذه الاسامى تشعر بتحقيق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف مااذااوصى لشبان بنى فلان وهم لايحصون اولايامى بنى فلان وهم لايحصون حيث تبطل الوصية اذليس فى اللفظ ماينبئ عن الحاجة ولايمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة الفاحشة المانعة عن الصرف اليهم وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبار المعنى الجمع واقله اثنان فى الوصايا كامر (وبنو فلان يختص بذكورهم) قال فى الهداية ولواوصى لبنى فلان يدخل فيه الاناث فى قول ابى حنيفة واول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام لحقيقته وقال فى الكافى ولو اوصى لبنى فلان فهو على الذكور لاغير عندابى يوسف وهوقول

ابى حنيفة آخرا اعتبار اللحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاناث وهو قول ابى حنيفة اولا وقال فى الوقاية وفى بنى فلان الانثى منهم اقول لم يظهر لى سر اختيار صاحب الوقاية القول الذى رجع عنه الامام ووافقه ابو يوسف فى رواية (الا اذا كان اسم قبيلة او فخذ) الفخذ فى العشائر اقل من البطن اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ كذا فى الصحاح (فيتناول الاناث وموالى العتاقة والموالات وخلفاءهم) اذ ليس المراد بها اعيانهم بل مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالات وخلفاؤهم (اوصى من له معتقون ومعتقون بطلت) لان المولى لفظ مشترك بين معنيين احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فلا ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه (الا ان يبنه فى حيوته) قال فى الكافى فوجب الوقف حتى يقوم البيان ولم يوجد فبطل ضرورة (ويدخل فيه) اى فى الموالى (من اعتقه فى صحته ومرضه) لتناول اللفظ اياهم (لا مدبروه وامهات اولاده) لان عتقهم حصل بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلابد من تحقق الاسم قبله وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم فى حقهم فيطلق اسم المولى عليهم

) باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة (

(صح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معينة وابدا) لان المنافع يصح تمليكها فى حال الحيوة ببدل وبدونه فكذا بعد الممات لحاجته كما فى الاعيان ويكون محبوسا على ملكه فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملك الموصى كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما فى العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما يتملكه المورث وهو فى عين تبقى والمنفعة عرض لا تبقى حتى ان الموصى له بالخدمة اذا مات لا تورث عنه (وبغلتهما) اى صحت الوصية بغلة عبد وغلة دار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها (فان خرجت رقبتهما) اى رقبة العبد والدار (سلمت اليه) اى الى الموصى له (لها) اى للوصية لان حق الموصى له فى الثلث لا يزاحمه الورثة (والا) اى وان لم يخرج رقبتهما من الثلث (يهايؤ العبد) اى يخدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهايأة ايفاء للحقين

(ويقسم الدار اثلاثا) يعنى اذا اوصى بسكنى الدار ولم يكن يخرج من الثلث يقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لامكان القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم احدهما زمانا (او مهايأة) اى اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان لان الحق لهم الا ان الاول اولى (وليس للورثة بيع ما فى ايديهم من ثلثيها) اى الدار وعن ابى يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بان يظهر للميت مال آخر وكذا له حق المزاحمة فيما فى ايديهم او خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه (وتبطل) اى الوصية (بموته) اى موت الموصى له (فى حيوة موصيه) لما تقرر ان ايجاب الوصية يكون بعد الموت فاذا مات الموصى له لم يصح الايجاب كما لا يصح ايجاب البايع للمشترى بعد موته (وبعد موته) اى موت الموصى له (يعود) اى الموصى به (الى الورثة) لان الموصى اوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى بلا رضاه وهو غير جائز (وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يوجر العبد والدار) لان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفى تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعا لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها بها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى (ولا للموصى له بالغلة استخدامه) اى العبد (او سكناها) اى الدار (فى الاصح) لانه اوصى له بالغلة وهى دراهم او دنانير وهذا استيفاء المنفعة نفسها ولا شك انهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باستردادها منه بعد استغلالها بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها (و) لا (ان يخرج العبد من البلدة الا ان يكون هو واهله فى غيرها فيخرجه للخدمة ان خرج من الثلث) لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كان الموصى له واهله فى موضع اخر فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم واذا كانوا فى مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمة العبد من غير ان يلزمه مشقة السفر فلا يكون له ان يخرجه من بلده (والا) اى وان لم يخرج من الثلث (فلا) اى لا يخرج العبد للخدمة (الا باذن الورثة) لبقاء حقهم فيه (اوصى لرجل بخدمة عبده سنة و الاخر بخدمته سنتين

ولم يجيزوا) اى الورثة (خدمهم) اى العبد الورثة (ستة ايام و) خدم (الموصى لهما ثلثة ايام يوما لصاحب السنة و يومين لصاحب السنتين حتى يمضى تسع سنين) لان عين العبد لا يقسم فيقسم بالتهايؤ زمانا توفيرا لحقوقهم (اوصى بهذا العبد لفلان و بخدمته لآخر وهو يخرج من الثلث صح) اى الايصاء لانه اوجب لكل منهما شيئا معلوما وما اوجبه لكل منهما يحتمل الوصية بانفراده فلا يتحقق بينهما مشاركة فيما اوجبه لكل منهما ثم اذا صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص فى الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر لان الوصية كالميراث فى كون الملك يثبت بعد الموت (و) اوصى (لرجل بثمرة بستانه فمات) اى الموصى (وفيه ثمرة تكون له) اى للموصى له (هذه الثمرة فقط لا ما يحدث بعدها (وان ضم) اى الموصى (ابدا) بان قال ثمرة بستانى له ابدا (فله معها) اى مع الثمرة الاولى (ما يحدث بعدها) مطلقا (كما فى غلة بستانه) يعنى اذا اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل وان لم يقل ابدا والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة كالتنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مما ذكر وان لم يكن شيئا واما الغلة فيتناول الموجود وما هو بعرضة الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه اوداره فاذا اطلقت يتناولهما بلا توقف على دلالة اخرى بخلاف الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الصرف عنه الى دليل زائد (واوصى بصوف غنمه وولدها ولبنها له ما فى وقت موته ضم ابدا اولا) يعنى اذا اوصى بصوف غنمه او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما فى بطونها من الولد وما فى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم الا ان فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليهما كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم والصوف واللبن فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا تدخل تحت الوصية بخلاف الموجود فيها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا و بعقد الخلع مقصودا وكذا بالوصية (اوصى بجعل داره مسجدا ولم يخرج من الثلث واجازوا)

اى الورثة (يجعل مسجدا) لان المانع من الجواز تعلق حقهم فاذا اجازوا زال المانع (فان لم يجيزوا يجعل ثلثها مسجدا) رعاية لجانب الوارث والوصية (و) اوصى (بظهر مركبه فى سبيل الله تعالى بطلت) اى الوصية عند ابى ح رحمه الله تعالى لان وقف المنقول غير جائز عنده فكذا الوصية وعندهما يجوز ان (اوصى بشئ للمسجد لم يجز الا ان يقول ينفق عليه) لانه ليس باهل للملك والوصية تمليك وذكر النفقة بمنزلة الوقف على مصالحه وعند محمد رحمه الله تعالى تجوز لانه يحمل على الامر بالصرف الى مصالحه تصحيحا للكلام (قال اوصيت بثلثى لفلان اوفلان بطلت عند ابى حنيفة) لجهالة الموصى له (وعند ابى يوسف لهما ان يصطلحا على اخذ الثلث) كما لو قال لفلان اوفلان على الف (وعند محمد يخير الورثة) فايهما شاؤا اعطوا لقيامهم مقامه

) فصل (

(وصايا الذمى) على اربعة اوجه لانها (اما معصية عندنا وعندهم كما للمغنيات والنائحات فتصح لو كانت لقوم معينين تمليكا من الثلث) فانهم لما تعينوا اجاز تمليكهم (ولا) اى وان لم يكونوا معينين (فلا) اى لا تصح اصلا اما تمليكا فلان التمليك للمجهول لا يصح واما قربة فلانها معصية عند الكل فكيف تصح قربة (واما معصية عندهم وقربة عندنا كجعل داره مسجدا والاسراج فى المساجد فلا تصح اتفاقا) اعتبارا لاعتقادهم لانا نعمل معهم بديانتهم (الا ان تكون لقوم باعيانهم) فحينئذ تصح تمليكا منهم وذكر الجهة مشورة (واما قربة عندنا وعندهم كجعل ثلثه للفقراء اوعتق الرقبة او الاسراج فى بيت المقدس فتصح اتفاقا) لان الديانة متفقة من الكل (واما قربة عندهم ومعصية عندنا كجعل داره بيعة) لليهود (اوكنيسة) للنصارى (او بيت نار) للمجوس (فتصح مطلقا) اى سواء عين قوما اولا (وعندهما لا) اى لا تصح الا ان يوصى لمعينين لهما انه وصية بالمعصية وفى تنفيذها تقرير المعصية والسبيل فى المعصية ردها لا تنفيذها وله ان المعتبر ديانتهم فى حقهم لانا امرنا بان نتركهم وما يدينون وهى قربة عندهم فتصح (وتورث) اى البيعة والكنيسة وبيت النار (ان صنعت فى الصحة) يعنى اذا صنعت يهودى بيعة اونصرانى كنيسة او مجوسى بيت نار فى صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابى حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم ما لم يسجل فكذا هذا واما عندهما فلانها معصية فلا تصح (وذو هوى) اى من يتبع هوى نفسه ميلا

الى البدع (ان اكفر) اى حكم بكفره كطائفة منهم يقولون لعلى رضى الله تعالى عنه الاله الاكبر (فكالمرتد) فيكون على الخلاف المعروف فى تصرفاته بين الامام وصاحبيه وفى المرتدة الاصح ان تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم (والا) اى وان لم يكفر (فكالمسلم فى وصاياه) لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر

) تنبيه (

لما كان ههنا مسائل مهمة فهمت مما سبق ضمنا وكان يجب حفظها والاهتمام بها اصالة لكثرة وقوعها وغفلة كثير من الناس عنها اوردها ههنا وصدرها بالتنبيه اشارة الى ما ذكر (الوصية المطلقة) بان يقول مثلا هذا القدر من مالى او ثلث مالى وصية او اوصيت هذا القدر من مالى او ثلث مالى (لا تحل للغنى) لانها صدقة وهى على الغنى حرام (وان) وصلية (عممت) بان يقول الموصى يأكل منها الفقير والغنى لان اكل الغنى من الوصية لا يصح الا بطريق التمليك والتمليك لا يصح الا لمعين والغنى لا يعين ولا يحصى (واذا خصت) اى الوصية (بغنى) بان يقول مثلا هذا القدر من مالى اوصيته لزيد وهو غنى (او بقوم اغنياء محصورين حلت لهم) لصحة التمليك لهم لتعينهم كذا الحال فى الوقف يعنى ان الوقف المطلق مختص بالفقراء لا يحل للغنى وان عمم واذا خص بغنى معين او بقوم محصورين اغنياء حل لهم ويملكون منافعه لا عينه حتى اذا ماتوا يتقرر عينه فى ملك الواقف او وارثه واذا ماتوا يكون للفقراء

) الباب الثانى (

فى الايصاء بمعنى جعل الغير وصيا اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وقبل عنده فان رد عنده رد) لانه متبرع فى ذلك فان شاء دام عليه وان شاء رجع اذ ليس للموصى ولاية الزام التصرف على الغير وليس فى الرجوع تغرير اذ يمكنه ان يوصى غيره (والا) اى وان لم يرده عنده سواء رده عند غيره او بعد مماته (فلا) اى لا يرد لانه لما قبل فى وجهه اعتمد الموصى على قبوله فلم يوص الى غيره فلو جوزنا رده فى حياته او بعد مماته لصار الميت مغرورا وذلك باطل (وان سكت) اى لم يقبل ولم يرد (فمات الموصى فله رده وقبوله) لانه متبرع فى التصرف للغير فلا يلزم ذلك بلا قبوله كالوكالة ولا تغرير ههنا لان الموصى هو الذى اغتر حيث لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصاية ام لا (وان رد

ثم قبل

ثم قبل صح الا اذا نفذ رده) اى الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات الموصى ثم قال لا اقبل ثم قبل يصح ان لم يكن القاضى اخرجه حين قال لا اقبل لان الايصاء لا يبطل بمجرد قوله لا اقبل لان فى ابطاله ضررا بالميت والضرر واجب الدفع فان كان القاضى اخرجه عن الايصاء حين قال لا اقبل فاذا قبل بعده لا يصح لان اخراجه قد صح لانه موضع الاجتهاد اذ الرد صحيح عند زفر (ولزم) اى الايصاء (ببيع شئ من التركة وان جهل) اى الوصى (به) اى بكونه وصيا لوجود دليل القبول اذ المقصود هو التصرف وهو معتبر بعد الموت لان اوان ولايته بعده وينفذ البيع لصدوره عن الوصى وان لم يعلم كونه وصيا بخلاف ما لو وكله رجل بالبيع فباع شيئا من متاعه وهو لا يعلم بوكالته حيث لا ينفذ لان الايصاء اثبات خلافة لثبوته اوان انقطاع ولايته واذا كان استخلافا صح بغير علمه كالوراثة فاما التوكيل فاثبات الولاية وليس باستخلاف لثبوته فى حال قيام ولاية الموكل فلا يصح بغير علم من تثبت عليه كاثبات الملك بطريق البيع والهبة (و) اوصى (الى عبد لغيره او كافر او فاسق بدله القاضى بغيره) هذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج المفهوم انما يكون بعد ثبوت الايصاء وذكر محمد فى الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه سيبطل فى جميع هذه الصور وقيل فى العبد معناه باطل لعدم ولايته وعدم استبداده وفى غيره معناه سيبطل وقيل فى الكافر باطل ايضا لانه لا ولاية له على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان الايصاء الى الغير انما يجوز شرعا ليتم به نظر الموصى لنفسه لاولاده وبالايصاء الى هؤلاء لا يتم معنى النظر وان وجد اهل النظر لكون العبد اهلا للتصرف ليس بمولى عليه من جهة من يتصرف عليه ولكون الفاسق من اهل الولاية والخلافة ارثا وتصرفا حتى لو تصرف نفذ تصرفه ولثبوت ولاية الكافر فى الجملة حتى نفذ شراؤه عبدا مسلما ولكن يجبر على بيعه وانما قال لا يتم معنى النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة سيده وتمكنه من الحجر بعدها واشتغاله بخدمة المولى فيتوهم التقصير فى استيفاء حقوق الميت وتوهم الخيانة من الكافر للمعاداة الدينية ومن الفاسق لفسقه فيخرجه القاضى من الوصاية ويجعل مكانه وصيا آخر تتميما للنظر (و) اوصى (الى عبده صح لو ورثته صغار) حتى لو كان فيهم كبير لم يصح عنده وعندهما لا يصح مطلقا لان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب المشروع وله انه اوصى الى من هو اهله فيصح كما لو اوصى الى مكاتب نفسه او مكاتب غيره وهذا لانه مكلف مستبد بالتصرف وليس لاحد عليه

ولاية فان الصغار وان كانوا ملا كالكن لما اقامه ابوهم مقام نفسه صار مستبدا
بالتصرف مثله بلا ولاية لهم عليه بخلاف عبد الغير فانه مولى عليه وبخلاف
ما اذا كان فيهم كبير لانه يبيع نصيبه او يمنعه فيعجز الوصى عن الاداء بحقه
فامتنع الجواز (اوصى الى عاجز عن القيام بها) اى بالوصاية لم يعزله القاضى
(بل ضم اليه غيره) لان فى الضم رعاية الحقين حق الموصى وحق الورثة فان
تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصى اليه ذلك
فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكى قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه
ولو ظهر للقاضى عجزه اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين (ويبقى
على الوصاية امين يقدر) اى لا يجوز للقاضى اخراجه لانه ان اختار غيره لكان
دونه لانه مختار الميت الا يرى انه يقدم على اب الميت مع كمال شفقته فلان
يقدم على غيره احق (واوصى الى اثنين لا ينفرد احدهما) بالتصرف بدون
الآخر (ولو) وصلية اى ولو كان ايصاؤه (الى كل منهما بالانفراد) عند ابى
حنيفة ومحمد الا فى اشياء سنبين وقال ابو يوسف يتصرف كل فى الجميع لان
الايصاء من باب الولاية وهى اذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد كملا على
الانفراد كالاخوين فى ولاية الانكاح فكذا اذا ثبتت شرطا فان الولاية لا تحتمل
التجزى لكونها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى ولهما ان الموصى
انما رضى برأيهما الا رأى احدهما لفرق بين بينهما بخلاف الاخوين فى النكاح
لان السبب ثمه الاخوة وهى قائمة بكل منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء
وهو اليهما لا الى كل منهما ثم استثنى من قوله لا ينفرد احدهما بقوله (الا بشراء
كفنه وتجهيزه) فانه لا يبتنى على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففى اشتراط
اجتماعهما فساد الميت ولو فعله عند الضرورة اجيرانه جاز (والخصومة فى
حقوقه) لانهما لا يجتمعان عليه عادة ولو اجتمعا لم يتكلم الا احدهما غالبا (وشراء
حاجة الطفل) لان فى تأخيره خوف لحوق الضرر به (والاتهاب له) اى
قبول الهبة للطفل فانه ليس من باب الولاية ولهذا يملكه الام ومن فى عياله
(واعتاق عبد معين ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين) لعدم الاحتياج الى الرأى
(وبيع ما يخاف تلفه وجمع اموال ضايعة) لان فيه ضرورة (وان مات احدهما
فان اوصى الى الحى اوالى آخر فله) اى لمن اوصى اليه الوصى سواء كان الحى
او آخر (التصرف) فى التركة (وحده) ولا يحتاج الى نصب القاضى وصيا (والا)
اى وان لم يوص الوصى (ضم) اى القاضى (اليه غيره) لان الموصى قصد

ان يخلفه وصيان متصرفان فى حقوقه وامكن تحقيقه بنصب وصى آخر نصب
القاضى وصيا امينا كافيا لم ينعزل بعزله) لانه اشتغال بما لا يفيد الا ان لا يكون عدلا
فيعزله وينصب عدلا ولو عدلا غير كاف ضم اليه كافيا و ينعزل بعزله قبل) قائله
السمرقندى فى مجموعاته (و ينعزل به ايضا اى بعزل القاضى العدل الكافى واستبعد
اى استبعده ظهير الدين المرغينانى بانه يقدم على القاضى لانه مختار الميت فاذا
انعزل وصى الميت وان كان عدلا كافيا فكيف وصى القاضى (وصى الوصى وصى
لهما) يعنى اذا مات الوصى واوصى الى آخر فهو وصيه فى تركته وتركة الميت الاول
لان الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد (وقسمته
اى قسمة الوصى نائبا (عن ورثة غيب مع الموصى له تصح) يعنى اذا مات رجل له
ورثة غيب واوصى الى زيد ولبكر بمبلغ جاز لزيد الوصى ان يقسم تركته بين ورثته
الغيب وبين بكر الموصى له بان يأخذ حق الورثة و يسلم الباقى الى الموصى له لان
الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب و يرد عليه و يصير مغرورا بشراء المورث
حتى يكون الولد حرا والوصى خليفة الميت ايضا فيكون خصما للوارث اذا كان
غائبا فصحت قسمته عليه (فلا يرجعون اى الورثة (عليه اى الموصى له (ان ضاع
قسطهم) اى حصة الورثة (معه) اى مع الوصى لان الهلاك بعد تمام القسمة
يكون على من وقع الهلاك فى قسمته (وقسمته) اى الوصى (عن الموصى له
الغائب معهم) اى مع الورثة (لا) اى لا تصح لان الموصى له ليس خليفة عن
الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد حتى لا يرد ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا
بشراء الموصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته (فيرجع) اى الموصى له
ان ضاع قسطه مع الوصى (بثلث ما بقى) لانه شريك الوارث فيتوى ما توى
من المال المشترك على الشركة و يبقى ما بقى عليهما (وللقاضى قسمتها واخذ
قسطه) اى يجوز للقاضى ان يقسم التركة عن الموصى له الغائب مع الورثة واخذ
قسط الموصى له لان القاضى نصب ناظرا لاسيما فى الموتى والغيب ومن النظر
افراز قسط الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد ضاع
المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل (قاسمهم) اى الوصى مع الورثة (فى الوصية
بحج) واخذ الوصى المال (فهلك المال فى يده او يد من يحج) عن الموصى (حج
بثلث ما بقى) من التركة لان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج
فلم تعتبر دونه فصار كما اذا هلك قبل القسمة (صح بيعه) اى الوصى (عبدا من
التركة بغيبة الغرماء) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولاه حيا بنفسه بغيبتهم

جاز وان كان فى مرض موته فكذا من قام مقامه وسره ان حق الغرماء تعلق
بالمالية لا بالصورة وهى باقية ببقاء الثمن (باع) اى الوصى (ما اوصى ببيعه
وتصدق ثمنه فاستحق) اى المبيع (بعد ان هلك ثمنه معه) اى مع الوصى (ضمن)
اى الوصى لانه العاقد فيكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشترى منه ما رضى
ببذل الثمن الا ليسلم له العبد ولم يسلم فقد اخذ الوصى البايع مال الغير بلا رضاه
فيجب عليه رده (ورجع فى التركة) لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل (كوصى
باع حصته الصغير وهلك ثمنه معه) اى مع الوصى (فاستحق) اى العبد (فانه)
اى الوصى (يرجع فى ماله) اى مال الصغير لانه عامل له (وهو) اى الصغير (يرجع
على الورثة بحصته) لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه (وله) اى للوصى
(ان يسافر بمال الصغير ويدفع مضاربة وبضاعة ويوكل ببيع وشراء واستيجار
ويودع ماله ويكاتب قنه ويزوج امته لا قنه ويرهن ماله بدينه وبدين نفسه
فلو هلك ضمن قدر المؤدى من دينه وله ان يعمل به مضاربة وينبغى ان يشهد
عليه ابتداء والا صدق ديانة فيكون المشترى كله للصبى قضاء ويماثله الاب
فى ذلك كله وليس للاب تحرير قنه ولو بمال ولا ان يهب ماله ولو بعوض) كذا
فى العمادية (وله) اى للوصى (التجارة بمال اليتيم لليتيم لا لنفسه به) اى لا يجوز له
التجارة لنفسه بمال اليتيم سواء ورثه من ابيه او تملكه بوجه آخر (ولا بمال الميت
فان فعل به وربح ضمن رأس المال وتصدق بالربح) عند ابى ح ومحمد رحمهما الله
وعند ابى يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشئ كذا فى الخانية (ويحتال)
اى يقبل الحوالة (على الاملأ لا الاعسر) لما فيه من الضرر (ولا يقرض)
اى الوصى مال اليتيم لانه تبرع وهو عاجز عن استخلاصه بخلاف القاضى
فانه قادر عليه ولذا له ان يقرضه ومال الوقف والغائب (ولا يبيع ولا يشترى
الا بما يتغابن الناس) لان تصرفه نظرى ولا نظر فى الغبن الفاحش
بخلاف اليسير اذ لا يمكن التحرز عنه ففى اعتباره انسداد باب البيع (ويبيع على
الكبير الغائب الا العقار) لان الاب يلى ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فكان القياس
ان لا يليه الوصى اذ لا يملكه الاب على الكبير لكنهم استحسنوا لانه مما يتسارع
اليه الفساد فيحتاج الى الحفظ وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ بخلاف
العقار فانه محصن بنفسه (اذا لم يكن دين) فى الفتاوى الظهيرية عدم جواز
بيع العقار للوصى اذا لم يكن على الميت دين واما اذا كان فيملكه بقدر الدين
(ويبيعه) اى الوصى العقار وان لم يكن دين (بضعف قيمته او للدين) كما نقلناه

عن الظهيرية (والنفقة) اى نفقة الصغير قال فى الهداية فى اواخر باب النفقة
الاب اذا باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه
نفقته لانه جنس حقه (او وصية مرسلة) اى مطلقة بان يقول ثلث مالى وربعه
مثلا وصية فح يجوز بيع العقار اذا كان فى المال (او زيادة خرجه على غلته
او اشرافه) اى قربه (الى الخراب) حتى اذا لم يبع كان خرابا فهذه اعذار ستة
(لا يجوز اقراره) اى الوصى (بدين على الميت ولا بشئ من تركته) انه لفلان
لكونه اقرارا على الغير (الا ان يكون) المقر (وارثا فيصح فى حصته) لانه اقرار
على نفسه (اقر) اى الوصى (بعين لآخر ثم ادعى انه للصغير لا يسمع) كذا
فى العمادية (شهد وصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما او ابنان ان اباهما
اوصى الى زيد بطلت) اى شهادتهم لانهم متهمون اما الوصيان فلاثباتهما
لانفسهما معينا الا ان يدعيه المشهود له فتقبل استحسانا لان للقاضى ولاية
نصب الوصى ابتداء وولاية ضم آخر اليهما فهما اسقطا مؤنة التعيين عن
القاضى واما الابنان فلجرهما لانفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة (كذا
شهادتهما للصغير بمال) سواء انتقل اليه عن الميت او غيره (او كبير بمال
الميت) فانها ايضا باطلة اما الاولى فلان التصرف فى مال الصغير للوصى سواء
كان من التركة اولا واما الثانية فلان مال الكبير ان كان من التركة فلا يجوز
شهادة الوصى عند ابى حنيفة لان له ولاية الحفظ وولاية البيع ان كان الكبير
غائبا (وصحت) اى الشهادة (فى مال غيره) اى غير الميت فان مال الكبير ان
لم يكن من التركة فلا تصرف للوصى فيه فتجوز (شهادته و) صحت (شهادة
رجلين لآخرين بمبلغ دين على الميت والآخرين للاولين بمثله بخلاف الشهادة
بوصية الف) هذا قولهما وقال ابو يوسف لا تقبل فى الدين ايضا لان الدين
بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما
حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت
التهمة ولهما ان الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا
لو تبرع اجنبى بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة بخلاف الوصية
لان الحق فيها لا يثبت فى الذمة بل فى العين فصار المال مشتركا بينهم فاورث
شبهة (او) شهادة (الاولين بعبد والآخرين بثلث ماله) حيث لم تصح ايضا
لان الشهادة توجب شركة فى المشهود به (اضعف الوصيين) مبتدأ وخبره
قوله الآتى كاقوى الوصيين (وهو وصى الام والاخ والعم فى اقوى الحالين

وهو حال صغر الورثة كاقوى الوصيين وهو وصى الاب والجد والقاضى في اضعف الحالين وهو حال كبر الورثة) لان الوصى انما يستفيد التصرف من الموصى فيكون تصرفه على مقدار تصرف موصيه فوصى الام حال صغر الورثة كوصى الاب حال كبرهم للاضعف كوصى الام مثلا (بيع المنقول وغيره لقضاء الدين عند فقد الاقوى) للضرورة (ولا يشترى) اى الاضعف (الا ما لا بد للصغير منه من نفقة او كسوة ولا يتصرف مطلقا فيما استفاد الصغير من غير ابيه) لما مر ان تصرفه على مقدار تصرف موصيه (وصى الاب اولى من الجد) لان وصيه قائم مقامه وهو اولى من الجد فكذا مختاره ولان اختياره مع وجود الجد يدل على ان تصرفه انفع لبنيه من تصرف ابيه وهو الجد (وان لم يوص) اى لم ينصب وصيا (فالجد مثله) اى مثل الاب وقائم مقامه في التصرفات حتى ملك الانكاح دون الوصى وههنا مسائل مهمة نقلناها من الخانية (منها) رجل مات وترك ورثة فبلغهم ان اباهم اوصى بوصايا ولا يعلمون ما اوصى به فقالوا اجزنا ما اوصى به ذكر في المنتقى انه لا يجوز انما يجوز اذا اجازوا بعد العلم وفي المنتقى اذا دفع الوصى الى اليتيم ماله بعد البلوغ فاشهد اليتيم على نفسه انه قد قبض جميع تركة والده فلم يبق له تركة والده عنده من قليل او كثير الا وقد استوفاه ثم ادعى شيئا من يد الوصى وقال هو من تركة ابى واقام البينة قبلت بينته وكذا لو اقر الوارث انه قد استوفى جميع ما ترك والده من الدين على الناس ثم ادعى دينا على رجل يسمع دعواه (ومنها) وصى انفذ الوصية من مال نفسه قالوا ان كان هذا الوصى وارث الميت يرجع في تركة الميت والا فلا وقيل ان كانت الوصية للعباد يرجع لان لها كان مطالبا من جهة العباد فكان كقضاء الدين وان كانت الوصية لله تعالى فلا يرجع وقيل له ان يرجع على كل حال وعليه الفتوى وهو كالوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من مال نفسه كان له ان يرجع وكذا الوصى اذا اشترى كسوة للصغير او اشترى ما ينفق عليهم من مال نفسه فانه لا يكون متطوعا ولو قضى دين الميت من مال نفسه بغير امر الوارث واشهد على ذلك لا يكون متطوعا وكذلك بعض الورثة اذا قضى دين الميت او كفن الميت من مال نفسه او اشترى الوارث الكبير طعاما او كسوة للصغير من مال نفسه لا يكون متطوعا وكان له الرجوع من مال الميت وكذا الوصى لو ادى خراج اليتيم او عشره من مال نفسه لا يكون متطوعا ولو كفن الوصى الميت من مال

نفسه

نفسه قبل قوله في ذلك (ومنها) وصى باع شيئا من مال اليتيم ثم طلب منه باكثر مما باع فان القاضى يرجع الى اهل البصر ان اخبره اثنان من اهل البصر والامانة انه باع بقيمته وان قيمته ذلك فان القاضى لا يلتفت الى من يزيد وان كان في المزايدة يشترى باكثر وفي السوق باقل لا ينقض بيع الوصى لاجل تلك الزيادة بل يرجع الى اهل البصر والامانة فان اجتمع رجلان منهم على شئ يؤخذ بقولهما وهذا قول محمد واما على قولهما فقول الواحد يكفى كما في التزكية وعلى هذا قيم الوقف فاذا آجر مستغل الوقف ثم جاء آخر يزيد في الاجر (ومنها) وصى باع تركة الميت لانفاذ وصيته فجحد المشترى فحلفه الوصى فحلف والوصى يعلم انه كان كاذبا في يمينه فان القاضى يقول للوصى ان كنت صادقا فسخت البيع بينكما فيجوز ذلك وان كان تعليقا بالخطر وانما يحتاج الى فسخ الحاكم لان الوصى لو عزم على ترك الخصومة كان فسخهما بمنزلة الاقالة فيلزم الوصى كما لو تقايلا حقيقة فاذا فسخ القاضى لم يكن اقالة فلا يلزم الوصى هذا آخر ما من الله تعالى على بلطفه من شرح غرر الاحكام * المسمى بدرر الحكام * حيث وفقنى لجمعه وتحريره * وعلى احسن الصور تصويره * حاويا للمهمات خلت عنها الكتب المشهورة * وان كانت في بعض المعتبرات مسطورة * ولقد بذلت مجهودى في التقرير والتنقيح والتهذيب والتوضيح * وتتبع اقوال الائمة الكرام * واستطلاع اراء فضلاء الائمة العظام * حتى عثرت على ما صدر عن بعض الافاضل من العثرات على مقتضى البشرية * ووقفت على ما وقع من بعض الاماثل من زلات ليس نفس الانسان عنها عرية * ولا عتب فان سائر العلوم بالنسبة الى هذا العلم كنسبة القطرة الى البحر المتلاطم الامواج * لا يغوص على فرائده كل غواص قوى فضلا عن الرجاج * ولذا ترى العلماء المتأخرين مع كمالهم في الفنون الالية وتصنيفهم فيها كتبا معتبرة لم يحوموا حول هذا العلم ولم يصنفوا فيه ولو رسالة مختصرة وهذا العبد الفقير الى الله الغنى مع مطارحته معهم في تصانيفهم فيما انتسبوا اليه * ومعارضته اياهم في مؤلفاتهم فيما اعتمدوا عليه * بحيث قبلها علماء العصر * وفضلاء الدهر * امتازمنهم بكتب هذا المتن اللطيف المشحون بالفوائد * والشرح الشريف المملو بالفرائد * الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا ان هدانا الله * واعاننا عليه وما كنا نقدر عليه لولا ان اعاننا الله * ليس الغرض الاصلى من هذه الكلمات التمدح بل الامتثال بما يفهم من قوله تعالى

واما بنعمة ربك فحدث * قد وقع الفراغ من تأليفه يوم السبت الثانى
من جمادى الاولى سنة ثلث وثمانين وثمانمائة وقد كان البداية
فى يوم السبت الثانى عشر من ذى القعدة
سنة سبع وسبعين وثمانمائة

حمدا لمن من علينا بتوفيقه ختام طبع هذا الكتاب المستطاب الذى تلتقط درر المسائل من جداول حروفه * وثمرات الدلائل تجتنى من افنان صنوفه واصناف قطوفه * المنسوب الى امام العلماء غيرانه خطيبهم * وقدوة الفضلاء الاانه اريبهم * ساحب اردان البلاغة * وسابق فرسان الفصاحة * الماهر فى الاصل والفرع * المتحلى بحلية التقوى والشرع * المشتهر بين الفقهاء بمولى خسرو زينه الله تعالى بدرر رحمته فى دار الجنان * ونفعنا الله تعالى بشفاعته يوم الحشر والميزان * وقد صادف ختام الطبع فى زمن ممهد اساس الدولة والدين * المتمسك بالكتاب المبين * السلطان ابن السلطان السلطان * عبد المجيد خان * لازال مجد شوكته دائما الى نهاية الدوران * ووقع ذلك بنظارة افقر العبيد * الى فيوضات ربه الحميد * محمد سعيد *
اواخر صفر الخير لسنة ستين ومأتين والف
من هجرة من انزل اليه القرأن
حرفا بعد حرف

م



Süleymaniye U. Kütüphanesi
Hasan Hüsnü Paşa